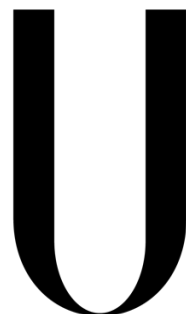


Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

“A fixação vertical de preços (RPM) sob o escrutínio da *rule of reason*. Análise comparada no direito da concorrência dos Estados Unidos, União Europeia e no Direito Nacional”

Sónia Vanessa Morgado Pinto

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras

2016

**Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito**



UNIVERSIDADE
DE LISBOA

“A fixação vertical de preços (RPM) sob o escrutínio da *rule of reason*. Análise comparada no direito da concorrência dos Estados Unidos, União Europeia e no Direito Nacional”

Sónia Vanessa Morgado Pinto

Dissertação de Mestrado

Orientada pelo Professor Doutor Miguel Moura e Silva

Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras

2016

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao Prof. Doutor Miguel Moura e Silva pela sua orientação sendo uma honra ter um orientador com o seu nível de conhecimento e experiência nesta área específica do direito.

Dedico este trabalho aos meus pais, por quem tenho uma adoração profunda, pela enorme dedicação, compreensão e motivação.

RESUMO

A fixação do preço de revenda (RPM) é uma prática vertical de preços importante e bastante controversa que descreve as tentativas dos fornecedores a montante (muitas vezes fabricantes) para controlar os preços de venda dos seus clientes (muitas vezes retalhistas). A decisão do Supremo Tribunal no caso *Leegin* inverteu o precedente de longa data estabelecido no acórdão *Dr. Miles Medical*. A RPM deixou de ser condenada por via da regra da ilegalidade *per se* passando a ser escrutinada ao abrigo da regra da razão onde os efeitos pró-concorrenciais são analisados. Este trabalho fornece uma perspetiva da evolução histórica do conceito de RPM e discute os efeitos mistos (pró e anticoncorrenciais) na concorrência intramarcas e entremarcas. Este trabalho inclui também uma avaliação do efeito da RPM na concorrência e diferentes perspetivas e abordagens tanto nos EUA como na U.E. Finalmente, o estudo identifica algumas decisões em Portugal da Autoridade da Concorrência sobre as práticas RPM.

ABSTRACT

Resale Price Maintenance (RPM) is an important and very controversial vertical pricing practice that describes attempts by *upstream* suppliers (often manufacturers) to control selling prices of their customers (often retailers). The Supreme Court opinion in *Leegin* reversed the long-standing precedent of *Dr. Miles Medical*. RPM is no longer condemned under a *per se* illegality rule but instead is treated under the *rule of reason* where the pro-competitive effects are analyzed. This essay provides a historic evolution perspective of the RPM concept and discusses the mix effects (pro and anti competition) on intra-brand and inter-brand competition. The study's also includes an evaluation of RPM's effect on competition and different perspectives and approaches both in U.S. and E.U. Finally, the study identifies some decisions in Portugal's Competition Authority on RPM practices.

PALAVRAS-CHAVE

Fixação do preço de revenda; intramarca; parasitismo; *Leegin*; regra da razão.

KEYWORDS

Resale Price Maintenance; intrabrand; free-riding; *Leegin*; rule of reason.

Índice

AGRADECIMENTOS.....	3
ABSTRACT	4
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – A importância da política RPM na fixação vertical de preços. Análise dos acordos RPM sob o escrutínio da <i>rule of reason</i> . A Dupla vertente de efeitos anti e pró-concorrenciais.....	17
1. Introdução do tema e identificação das principais questões associadas aos acordos RPM.	17
2. A dicotomia entre a <i>per se rule</i> e a <i>rule of reason</i>	22
3. A aplicação da <i>rule of reason</i>	25
4. Convergência e divergência na análise dos acordos RPM efetuada nos EUA e na Europa.....	26
5. Em Portugal	27
SUBCAPÍTULO I – A Dupla vertente de efeitos da RPM - efeitos pró e anti-concorrenciais da RPM.....	29
1. As três tipologias associadas à RPM (fixação do preço de revenda, fixação do preço máximo e mínimo de revenda)	29
2. Dupla vertente da RPM. Efeitos pró e anticoncorrenciais.....	31
2.1. Benefícios de eficiência da RPM. Potenciais efeitos favoráveis na concorrência	32
2.1.1. Prevenção do <i>free-riding</i>	33
2.1.2. Certificação de qualidade e a erosão da imagem de marca e respetiva qualidade associada	35
2.1.3. Os esforços pré-venda e retalhistas que prestam um serviço completo	37
2.1.4. A Entrada e a introdução de novos produtos	39
2.1.5. O problema da dupla marginalização	40
2.1.6. As Explicações não associadas ao parasitismo	42
2.1.6.1. O problema do cumprimento do Contrato. A RPM como um mecanismo de execução de contratos.....	42
2.1.6.2. A RPM como incentivo para aumentar o inventário quando a procura é incerta.....	43
2.1.6.3. A RPM como um mecanismo de correção para a tendência dos retalhistas para a concorrência de preços.....	44

2.1.7. Bens/mercadorias <i>Veblen</i>	45
2.2. Efeitos anticoncorrenciais da RPM	46
2.2.1. Possibilidade de colusão e a facilitação na criação de um cartel de retalhistas ou fabricantes. A importância do poder de mercado	47
2.2.2. Proteção de rendas de monopólio a montante	49
2.2.3. Impedir a entrada de concorrentes	50
2.2.4. Aumento dos preços para o consumidor.....	51
2.2.5. Redução da Inovação e Eficiência.....	53
2.2.6. Abrandamento da concorrência	53
SUB-CAPÍTULO II – Necessidade de criação de padrões de segurança jurídica. A diferença entre os EUA e a Europa. A ilegalidade <i>per se</i> versus a restrição por objeto.....	54
1. Necessidade de criação de padrões de segurança jurídica. A diferença entre os EUA e a Europa	54
Figura 1: Caixa para a definição da RPM.....	55
2. As áreas cinzentas da RPM. A ilegalidade <i>per se</i> e as restrições por "objeto" 57	
3. A distinção entre "objeto" e "efeito" para a análise dos acordos RPM	58
4. A garantia de que a presunção de ilegalidade é verdadeiramente refutável 59	
5. A RPM e a importância do Ónus da Prova	59
CAPÍTULO II – A RPM no direito da concorrência dos EUA. Acórdão <i>Leegin</i> e a mudança de paradigma na análise dos acordos RPM.....	62
1. Breve resenha histórica das Leis <i>Antitrust</i> dos EUA.....	62
1.1. O <i>Sherman Act</i>	62
1.2. Escola de Harvard e a Escola de Chicago. A Chicago Revolution	63
1.2.1. A Escola de Harvard	63
1.2.2. A Escola de Chicago	64
1.2.3. A era Pós-Chicago	66
2. Antecedentes do Acórdão <i>Leegin</i> . Crescente importância da <i>rule of reason</i> 66	
3. Acórdão <i>Leegin</i> e a sua importância na análise dos acordos RPM. O derrubar de barreiras seculares e o ressurgimento da <i>rule of reason</i> na análise da RPM	70
3.1. Matéria de Facto	71

3.2.	Principais questões em análise no acórdão	73
3.2.1.	As restrições verticais de fixação de preços e as <i>nonprice restraints</i> ..	73
3.2.2.	Análise do acórdão Leegin	75
3.2.2.1.	A opinião da maioria e a aplicação da <i>rule of reason</i>	75
3.2.2.2.	A opinião Divergente.....	77
3.3.	A revolução na decisão do Tribunal e a aplicação da <i>rule of reason</i> . O pós- <i>Leegin</i>	78
CAPÍTULO III - O modelo europeu referente às restrições verticais de fixação de preços de revenda. A Experiência Europeia.....		82
1.	O modelo Europeu atual referente às restrições verticais de preços de revenda. A reforma de 2010	82
1.1.	O Tratado de Funcionamento da União Europeia e a abordagem sobre as restrições verticais	83
1.2.	Orientações da Comissão relativas às restrições verticais de 2010.....	85
2.	As dificuldades de análise das restrições verticais no que concerne à política RPM	87
2.1.	A economia do bem-estar dos consumidores com base no Art. 101.º do TFUE 87	
2.2.	O conceito de "restrição da concorrência" e "poder de mercado"	88
2.3.	A análise via "poder de mercado" permite uma análise com base na <i>rule of reason</i> ?.....	89
2.4.	Defesa da RPM para além do art. 101.º, n.º 3 do TFUE.....	90
3.	O Regulamento n.º 330/2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas	92
3.1.	As restrições verticais de preços no Regulamento 330/2010	94
3.2.	As restrições graves identificadas no art. 4.º do Regulamento <i>versus</i> Orientações. A influência do acórdão <i>Leegin</i>	95
4.	O Impacto do Acórdão <i>Leegin</i> na Europa.....	98
5.	Novas regras de análise dos acordos e políticas RPM estabelecidas pela Comissão. A falta de audácia da Comissão	101
6.	O Futuro. <i>Private Enforcement</i>	103
CAPÍTULO IV - Análise de Decisões da Autoridade da Concorrência sobre Acordos Verticais de fixação dos preços mínimos de venda ao público em violação do disposto na Lei da Concorrência e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE.		104
1.	Breves notas sobre o regime da concorrência em Portugal fruto da Lei n.º 19/2012.....	104

2. Análise das Decisões da Autoridade da Concorrência sobre Acordos Verticais Acordos de fixação dos preços mínimos de venda ao público em violação do disposto na Lei da Concorrência e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE.	107
2.1. PROC. 2010/04 - Processo contraordenacional. Arguida: Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.	107
2.1.1 Breve resumo	107
2.1.2. Apreciação jurídica e económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento	109
2.1.3. Decisão da AdC	110
2.1.4. Recursos apresentados pela Lactogal. Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão de Santarém e Tribunal da Relação de Lisboa	111
2.2. PROC 2009/12. Processo contraordenacional. Arguidas: SERA GMBH e SERA PORTUGAL, Unipessoal.....	113
2.2.1. Breve resumo	113
2.2.2. Apreciação Jurídica e económica - O objeto ou efeito anti concorrencial do comportamento	114
2.2.3. Decisão Final.....	115
2.3. PROC. 2008/09. Processo contraordenacional. Arguida: a ROYAL CANIN (Portugal), S.A.	116
2.3.1. Breve resumo	116
2.3.2. Apreciação Jurídica e Económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento	118
2.3.3. Decisão Final.....	119
2.4. PROC: 2006/13. Processo de contraordenação. Arguida: BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda. e GLINTT – Business Solutions, Lda.....	120
2.4.1. Breve resumo	120
2.4.2. Análise Jurídica e económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento	122
2.4.3. Decisão da AdC e Recursos para o Tribunal do Comércio de Lisboa e para o Tribunal da Relação.....	123
CONCLUSÃO – Questões dissonantes e perspectivas de proximidade nos EUA e na Europa.....	124
BIBLIOGRAFIA	130
Legislação dos EUA	137
Legislação da UE.....	138

Legislação nacional	138
Jurisprudência dos EUA.....	138
Jurisprudência Europeia	139
Decisões da Autoridade da Concorrência e Conselho da Concorrência	139
Sites consultados:	140
Bases de dados:.....	140

ABREVIATURAS

AdC - Autoridade da Concorrência

art. - artigo

BER – Block Exemption Regulation

CE - Comissão Europeia

CEE- Comunidade Económica Europeia

COM- Comunicação da Comissão

CRP - Constituição da República Portuguesa

Dec. - Decisão

DL - Decreto - Lei

DR - Diário da República

E.C.R.L – European Competition Law Review

EUA - Estados Unidos da América

D.R. - Diário da República

FTC - Federal Trade Commission

Guidelines – Orientações relativas às restrições verticais de 2010

JOCE - Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

JOUE - Jornal Oficial da União Europeia

LdC - Lei da Concorrência

OFT - Office of Fair Trading

p. - Página

PRC - Processo

TCE - Tratado da Comunidade Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE - União Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia.

UE - União Europeia

Vol - Volume

INTRODUÇÃO

A delimitação ou a fixação do preço de revenda é denominada pela doutrina norte-americana como “Resale Price Maintenance” ou, simplesmente “RPM”. A RPM é uma prática controversa de fixação de preços no canal de distribuição retalhista¹, correspondendo a uma restrição vertical de preços estabelecida pelos mercados a nível *upstream*, utilizada geralmente pelos fabricantes, para controlar os preços de venda dos seus retalhistas e que limita essencialmente a concorrência de preços no âmbito da mesma marca, ou seja, a concorrência entre os revendedores de um determinado produto², restringindo o preço a que os revendedores podem vender esse mesmo produto aos clientes finais. É comumente aceite que os acordos e políticas RPM restringem com maior acuidade a concorrência ao nível do preço intramarca, fixando ou restringindo (através de um valor máximo, fixo ou mínimo) o preço pelo qual um revendedor vende um produto de um fabricante ao consumidor final.

As discussões em torno das restrições verticais de preços são seculares e foram mais acesas e tiveram mais atenção nos EUA do que na Europa. Embora as decisões sobre a RPM, tanto nos EUA como na Europa, tenham aberto novas janelas de oportunidade para renovadas discussões e conceptualizações, também trouxeram novas interpretações para as decisões históricas que têm influenciado a análise dos acordos RPM. Assim, a análise deste tema surge nos EUA por via do *Sherman Act* que proibia o fabricante de exigir que os seus revendedores vendessem os produtos a um preço fixo. A fixação dos preços, era assim, considerada anticoncorrencial porquanto dava aos fabricantes um grande poder de controlo sobre a distribuição, uma vez que o fabricante podia recusar-se a entregar o produto se houvesse um retalhista que não respeitasse a política de

¹ Vide neste sentido P. Rey and T. Vergé, *Economics of Vertical Restraints*, Handbook of Antitrust Economics, Massachusetts, Cambridge, 2008, pp. 353-390, p. 354: «Resale price maintenance is a provision according to which the final price charged to consumers is not set by the distributor but imposed by the producer. This restriction has several variants, including maximum retail price (price ceiling), minimum price (price floor), non-binding “recommended retail price” or advertised price.»

² Gregory Gundlack, Resale price Maintenance After Leegin: Topics and Questions for Research, FTC Hearings on Resale Price Maintenance Empirical Evidence on the Effects of Resale Price Maintenance, 20 de Maio de 2009, p. 3, disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/publicevents/resale_price_maintenance_under_sherman_act_and_federal_trade_commission_act/ggundlachw.pdf define a RPM como: “(...) an agreement between participants at different levels of a distribution structure to establish the resale price of products or services.”

preços e respetivos preços definidos pelo fabricante³. Os acordos RPM foram historicamente considerados ilegais desde a decisão em 1911 do Supremo Tribunal (ST) no acórdão *Dr. Miles*⁴. Oito anos depois no acórdão *US vs Colgate*⁵ de 1919, o Tribunal concedeu alguma liberdade para que os fabricantes pudessem definir preços mínimos de revenda dos seus produtos. O Tribunal considerou que nos casos em que não havia contrato ou acordo formal escrito entre o fabricante e o distribuidor e onde não havia coerção na execução, o fabricante podia definir um preço mínimo de revenda. Esta decisão ficou conhecida nos EUA como a *Colgate Doctrine*. Embora a doutrina *Colgate* fornecesse alguma liberdade aos fabricantes, não foi fácil de implementar, razão pela qual os comerciantes tiveram alguma dificuldade em posicionar as restrições RPM e estabelecer o *status* legal destas práticas.

Finalmente, e após uma longa evolução jurisprudencial nos EUA desde o acórdão *Dr. Miles*, em Junho de 2007 a decisão do ST dos EUA no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc vs. PSKS, Inc*⁶, mudou significativa e substancialmente o panorama de análise deste tipo de acordos e deu aos comerciantes argumentos robustos para reavaliarem a sua posição em relação a esta prática e suportarem a validade destes acordos. Não obstante a antiguidade deste tipo de políticas de comércio, talvez o produto mais conhecido do debate jurídico relativo à RPM seja, de facto, a decisão sobre o caso *Leegin* que colocou em crise uma posição secular assumida no direito da concorrência sobre a política RPM, criada pelo próprio ST dos EUA no acórdão *Dr. Miles* em favor de uma análise conforme a "regra da razão" (*rule of reason*) e em prejuízo de uma análise sob o domínio da "*per se rule*". A decisão que harmonizou o tratamento da RPM nos EUA com a de outros acordos verticais, contou com a existência de justificações favoráveis à concorrência apontadas essencialmente na literatura económica, referentes aos acordos e políticas RPM e identificadas no próprio acórdão *Leegin*⁷.

³ Para uma perspetiva histórica da evolução da RPM nos EUA vide S. Umit Kucuk, Harry J.P.Timmermans, *Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. perspectives*, Journal of Retailing and Consumer Services, 19, 2012, p. 538.

⁴ Acórdão *Dr. Miles Medical Co. vs. Park & Sons, Co* 220 U.S.373 (1911).

⁵ Acórdão *US vs Colgate Co.*, 250 U.S.300 (1919).

⁶ *Leegin Creative Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁷ Vide Csongor István Nagy, *Resale Price Fixing after the Revision of the EU Vertical Regime. A Comparative Perspective*, Acta Juridica Hungarica, vol. 54, No. 4, 2014, p. 349, nota rodapé 1, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2461232> em que se aborda a evolução

A importância fundamental do acórdão *Leegin* na análise desta temática, permitiu a alteração do paradigma criado pelo acórdão *Dr. Miles* em 1911, fruto de uma panóplia de acontecimentos ligados à evolução do direito *antitrust* nos EUA que estabeleceu as diretrizes de análise deste tipo de acordos e alterou o estigma anticoncorrencial de efeitos negativos associados aos acordos RPM por via de uma análise de ilegalidade *per se*. O acórdão *Leegin*, assumiu o papel de catalisador de uma mudança que se vinha fazendo sentir, essencialmente a nível económico, bem como a nível doutrinário e jurisprudencial. Esta decisão pioneira marcou a mudança jurisprudencial no que concerne à análise dos acordos RPM, permitindo ainda, ajudar a delinear o escopo da *per se rule* e a criar distinções dentro do âmbito de aplicação da *rule of reason*, e uma análise mais global das restrições verticais na União Europeia (EU) e das normas de avaliação económicas e jurídicas sobre a RPM.

A nova abordagem sobre os acordos RPM, instituída por este acórdão que passou a analisar esta prática utilizando a *rule of reason* e onde finalmente foram reconhecidos os efeitos pró-concorrenciais associados à RPM, teve repercussões diretas em ambos os sistemas concorrenciais dos dois lados do atlântico. Na era pós-*Leegin*, importará analisar com mais detalhe as implicações do acórdão e da política RPM no direito da concorrência, para além das implicações associadas unicamente a uma estratégia de preços. Nesta medida, continua a ser curial uma análise mais contemporânea que sintetize as decisões e discussões em torno da RPM com vista a alcançar um melhor funcionamento dos mercados ⁸.

A abordagem da lei *antitrust* nos EUA e da concorrência na UE em relação aos acordos RPM não é totalmente coincidente. Nos EUA, os acordos RPM estão atualmente a ser examinados sob o domínio da razão (da *rule of reason*), enquanto que no direito da concorrência da UE são declarados ilícitos⁹ se não estiverem

jurisprudencial na análise dos acordos RPM nos EUA e na Europa fazendo igualmente uma resenha dos principais acórdãos sobre este tema: “For US law see *United State v Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919); *Albrecht v Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968). For EU law (...) Case 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* [1986] ECR 353.”

⁸ S. Umit Kucuk, Harry J.P. Timmermans, *Resale Price Maintenance (RPM) The U.S and EU perspectives*, *op. cit.*, pp. 537 e 538.

⁹ Idem, *ibidem* “ (...)in both EU and US *antitrust* law, maximum and recommended resale prices are subject to effects-analysis and normally lawful; hence, in the scholarship the controversy focuses on fixed and minimum resale prices. The approaches of US *antitrust* and EU competition law regarding maximum resale price fixing and recommended resale prices roughly coincide. The latter two kinds of arrangements are to be examined under the *rule of reason* in US *antitrust* law, while in EU

cumpridos os requisitos estatuidos no Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril¹⁰ (BER) e respectivas Orientações da Comissão (*Guidelines*) relativas às restrições verticais¹¹ também de 2010, em que se reconheceram os potenciais ganhos de eficiência das restrições verticais, mantendo-se, ainda assim, a designação "*hardcore*" para os acordos RPM¹² relativamente à fixação de preços e à fixação de preços mínimos.

A evolução na Europa foi mais pacífica e menos desenvolvida. A UE aprovou em 2010 um novo regulamento (*Block Exemption*) de isenção por categoria de acordos verticais¹³. O que precedeu esta nova abordagem foi um sistema confuso de isenções individuais (por meio de um sistema de notificação) e um sistema ineficiente de cláusulas controladas pelo regulamento anterior. Embora a isenção de 2010 tenha saído depois do acórdão *Leegin*, a UE teve uma abordagem diferente em relação aos EUA para os acordos RPM. As isenções acabam por ser mais restritivas em determinados aspetos do que as medidas norte-americanas. Sob a isenção por categoria, não é feita qualquer distinção entre uma política RPM expressa, de um lado, e as medidas que podem servir para influenciar a RPM, por outro. Ambas são consideradas restritivas quando estamos perante "um preço mínimo ou fixo de revenda", como resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes participantes do mercado de distribuição¹⁴. Uma das razões para a diferença de tratamento das restrições verticais na Europa pode ter sido a preocupação histórica sobre a integração do

competition law they are declared lawful if neither the supplier's, nor the buyer's market share exceeds 30% and even above this threshold they can be condemned only if they have anti-competitive effects."

¹⁰ Regulamento (UE) n.º 330/2010, JOUE L102 de 23.4.2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

¹¹ Comunicação da Comissão, Orientações relativas às Restrições Verticais, 2010, JOUE C130/1, de 19.5.2010.

¹² Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: Some Lessons from the Ongoing International Debates Regarding Resale Price Maintenance*, Fiscalía Nacional Económica, 2012, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2169113>, p. 32: «In contrast to the U.S., E.U. law has not undergone a similar transformation with respect to treatment of RPM. In 2010, the European Commission promulgated a new Regulation and *Guidelines* on the treatment of vertical agreements under E.U. competition law, which has been seen as the introduction in E.C. competition law of an effects-based approach to vertical agreements. Before the new regulation and *guidelines* were issued, E.U. law treated minimum RPM as quasi-*per se* unlawful, and the practice could result in significant fines if discovered by the Commission or a national competition authority (NCA). (...) the E.U. appears to have made only minor changes to the established RPM standard, notwithstanding its general "move in a decidedly more U.S. style direction" by more fully acknowledging the potential efficiency rationales associated with vertical restraints.»

¹³ Regulamento 330/2010, JOUE, L 102, 23/04/2010.

¹⁴ Orientações sobre Restrições Verticais, para. 226.

mercado europeu. Esta continua a ser a preocupação basilar para o Tribunal de Justiça da UE (TJUE) nas suas recentes decisões verticais sobre concorrência. Importa sublinhar que, conforme estabelecido nas Orientações, uma restrição por “objeto” ou uma restrição “*hardcore*” não significa que o acordo não possa ser dispensado através da aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Apesar de enfatizada esta possibilidade, a verdade é que um acordo RPM com imposição de preços mínimos raramente satisfaz as condições do art. 101.º, n.º 3 do TFUE quando analisado pelos Tribunais. Enquanto alguns autores consideram que a posição atual da UE, na análise de uma restrição RPM de imposição de preços mínimos é de facto ilegal *per se*, inversamente, outros consideram que estes acordos têm agora uma possibilidade de justificação e consequentemente podem ser dispensados pelo art. 101.º, n.º 3 do TFUE, especialmente após a introdução de alguns cenários favoráveis à concorrência pelas Orientações de 2010¹⁵.

No entanto, este suposto incentivo por parte da Comissão está longe de ser consensual não agradando a todos pois considera-se que esta situação acaba por criar dúvidas e incertezas para as partes (quer para as entidades que aplicam o direito, quer para as entidades que utilizam os acordos RPM na sua atividade negocial). Assim, tem sido afirmado que, para a aplicação do art. 101.º, n.º1 do TFUE estar em linha com o seu objetivo, uma alegação de restrição da concorrência deve ser acompanhada de uma “teoria de dano” plausível e explicar como estes acordos conduzem ao aumento dos preços ou reduzem a produção no mercado relevante. Assim, quando os mercados são competitivos e o fabricante não tem um poder de mercado significativo, um acordo RPM não pode ter, em princípio, efeitos anticoncorrenciais. De qualquer forma, a RPM não é ilegal *per se* nos termos do estatuído no art. 101º do TFUE. Sem prejuízo, os acordos RPM continuam a ser tratados como restrições graves da concorrência (*hardcore*) no âmbito das BER e

¹⁵ Alison Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1)*, European Competition Journal Vol. 649, 2010, pp. 5-6 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1932309>: “Further, in some respects the reform did not go as far as some commentators would have liked. In particular, although the Commission has put in place more flexible BERs and advocates a more economic approach when considering whether or not an agreement has as its effect the restriction of competition, the new regime did not alter the attitude toward agreements containing-object restraints-restraints held to have as their object the restriction of competition and that have been identified by the Commission in its Guidelines and BERs as —hardcore restraints that are to be treated as always, or virtually always, unlawful under Article 101. Rather it reflects the same intolerance of such conduct that was manifest under the previous regime (...).”

assim, na prática, têm o mesmo efeito que uma violação *per se* nos termos do art. 101.º, n.º 1¹⁶, não obstante, as Orientações sobre restrições verticais de 2010 reconhecerem, pela primeira vez, argumentos de eficiência nos termos do art. 101.º, n.º 3, que as empresas podem efetivamente usar¹⁷.

Considerando o que antecede, esta complexidade que envolve a análise dos acordos RPM, o fervilhar de conceitos e opiniões diametralmente opostos, bem como a riqueza da problemática secular que tem vindo a alimentar fervorosas discussões sobre este assunto, tornam este tema indubitavelmente interessante, atual, inesgotável e por isso digno de estudo no âmbito deste trabalho. Assim, e como notas finais, importa sublinhar que estas práticas ou tipo de acordos continuam a ser das questões, no âmbito do direito da concorrência, mais polarizadas e politizadas do século XX e XXI o que consubstanciou a motivação para a realização deste trabalho. No que concerne ao objeto e organização do mesmo, importa salientar que, dada a extensão do tema e questões associadas, não foi possível efetuar uma análise detalhada de todas as dimensões e problemas que alimentam as discussões sobre os acordos RPM, nem aflorar alguns temas que, embora importantes, retirariam o foco das questões que considere mais prementes.

O presente trabalho encontra-se assim dividido em IV capítulos nos quais tentarei efetuar uma análise com maior profundidade das principais questões associadas aos acordos RPM, a sua evolução no direito *antitrust* e no direito da concorrência da UE por via do escrutínio destas práticas ao abrigo de uma abordagem, via uma *per se rule* ou de uma *rule of reason*, bem como as particularidades de cada um dos regimes, pontos de contacto e divergências nos sistemas jurídicos de ambos os lados do Atlântico.

Por último, ainda que de forma perfunctória, tentarei ainda aflorar a forma como são analisados no direito português os acordos RPM recorrendo à análise de algumas das decisões da Autoridade da Concorrência (AdC) em processos relacionados com restrições verticais de preços, não tendo, no entanto, sido possível referir e abordar todas as decisões entretanto publicadas pela AdC. Sem prejuízo, julgo que as decisões identificadas neste trabalho permitem demonstrar o

¹⁶ Orientações sobre Restrições Verticais (2010), para. 223.

¹⁷ Idem, Ibidem.

padrão que tem vindo a ser utilizado pela AdC na verificação da ilegitimidade de acordos RPM utilizados pelas empresas em Portugal (designadamente pela falta de capacidade de as empresas conseguirem demonstrar os benefícios para a concorrência das práticas utilizadas), bem como a interpretação dos Tribunais nos recursos instaurados pelas empresas alvo de uma decisão de condenação.

CAPÍTULO I – A importância da política RPM na fixação vertical de preços. Análise dos acordos RPM sob o escrutínio da *rule of reason*. A Dupla vertente de efeitos anti e pró-concorrenciais.

1. Introdução do tema e identificação das principais questões associadas aos acordos RPM.

Em termos históricos, sem prejuízo de uma análise mais detalhada da evolução destes conceitos nos capítulos subsequentes, importa, neste momento, efetuar uma breve análise sobre a evolução recente da RPM nos EUA e na Europa, com vista a enquadrar historicamente o tema, bem como as principais preocupações e diferenças nos dois ordenamentos jurídicos que influenciaram e determinaram a análise dos acordos RPM. Assim, mais recentemente e após a decisão no acórdão *Dr. Miles* de condenação dos acordos RPM ao abrigo do *Sherman Act* como ilegais *per se*, nos EUA a partir da década de setenta, o direito *antitrust* dos EUA entrou num terceiro estágio evolutivo marcado pela influência da Escola de pensamento económico de Chicago que influenciou progressivamente as decisões dos tribunais dos EUA. Esta corrente assentava na prossecução dos objetivos de eficiência económica assumindo que, na generalidade dos casos, o funcionamento do mercado asseguraria resultados eficientes, só se justificando a intervenção corretiva através da aplicação das normas *antitrust* num número reduzido de situações¹⁸. Durante os anos setenta, a legalidade das políticas RPM foi

¹⁸ Conforme referido por Luís Domingos Silva Morais, *Direito da Concorrência: Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 84, “No que respeita ao pilar institucional (administrativo) de aplicação do direito *antitrust* a influência dos novos ensinamentos da Escola de Chicago consolidou-se sobretudo na transição da década de setenta para a década de oitenta do século XX durante o período da administração Reagan levando alguns autores sugestivamente a referir uma revolução conservadora do direito *antitrust*.”

discutida em termos dos benefícios que esta poderia trazer para os consumidores. No entanto, o *Consumer Goods Pricing Act* de 1975 substituiu o *Fair Trade law* de 1931 e a política RPM voltou a ser considerada como uma violação *per se* ao *Sherman Act*¹⁹. Dois anos depois, no acórdão *Continental TV, Inc. vs GTE Sylvania, Inc.* de 1977²⁰, o Tribunal indicou que a *rule of reason* deveria ser aplicada às restrições verticais não relacionadas com o preço, e que a *per se rule* se aplicaria aos acordos horizontais. As restrições verticais que não estão associadas ao preço foram definidos como ligadas a territórios exclusivos e, ou acordos de exclusividade e estariam sujeitas ao escrutínio da *rule of reason*. O Tribunal deixou claro que era necessário uma demonstração dos efeitos económicos para ser possível aplicar os standards da *rule of reason*.

Durante os anos 80, as discussões em torno da política RPM focaram-se na possibilidade de desenhar uma linha mais clara e precisa entre a legalidade e ilegalidade do conceito. Houve uma panóplia de casos onde se discutiu a RPM durante este período. Por exemplo, no acórdão *Monsanto* de 1984²¹, a *Monsanto* foi condenado por conspirar com os seus distribuidores para fixar o preço de revenda dos seus herbicidas e de terminar a relação comercial com a *Spray-Rite* por esta vender os herbicidas abaixo do preço sugerido pela Monsanto. Reafirmando a doutrina *Colgate*, o Tribunal acrescentou que um fabricante não pode terminar uma relação com um distribuidor se (i) a denúncia e respetivo cancelamento do contrato é a pedido de um distribuidor concorrente e (ii) se a denúncia é motivada por um desejo de reduzir ou eliminar a concorrência de preços dos produtos dos fabricantes. Mais tarde, os tribunais inferiores começaram a recusar-se a aplicar a *per se rule* aos acordos, quando os preços de mercado estavam mais baixos do que os preços acordados inicialmente. No ano seguinte, no acórdão *Business Electronics Corp vs. Sharp Electronics Corp*²² de 1988, observou-se que o interesse dos fabricantes em alcançar eficiência de distribuição é a finalidade mais frequente de uma política de fixação de preços do que garantir as margens dos seus revendedores. Assim, a política RPM começa a ser discutida e analisada, pela

¹⁹ Idem, p. 79 e segs.

²⁰ Acórdão *Continental TV, Inc. vs GTE Sylvania, Inc.* (1977), 433 US 36 (substituiu a *per se rule* pela *rule of reason* nos casos das restrições verticais não relacionadas com o preço).

²¹ Acórdão *Monsanto Co.v. Spray-RiteService Corp.* 164S. Ct.1464 684F. 2d1226 (1984).

²² Acórdão *Business Electronics Corp vs. Sharp Electronics Corp*, 485 US717, 723 (1988).

primeira vez, a partir de uma perspetiva de poder de mercado (poder de retalhistas nos mercados ou num canal de distribuição).

Durante os anos 90 não existiu um grande desenvolvimento nem uma conceptualização nos tribunais dos EUA que permitisse tornar mais claro o conceito da política de RPM. No acórdão *State Oil Co vs Khan* de 1997²³, informações específicas sobre o negócio e sobre o mercado relevante, o antes e o depois da utilização de uma política RPM, a natureza das restrições e as suas consequências e efeitos, foram utilizadas na análise sob o escrutínio do direito *antitrust*²⁴. Durante este período não existiu uma linha clara que definisse quando uma restrição RPM é anticoncorrencial, ou pró-concorrencial. Esta visão tornou difícil para os tribunais continuarem a sustentar que os consumidores ou a concorrência poderiam ser afetados negativamente por uma imposição vertical de preços máximos. Em 2007, com o acórdão *Leegin* tudo se alterou. Nesta decisão, o Supremo Tribunal declarou que deveria ser a *rule of reason* e não a ilegalidade *per se* a ser aplicada aos acordos entre fabricantes e distribuidores sobre os preços mínimos de revenda. Depois de quase 100 anos, o tribunal derrubou o acórdão *Dr. Miles*²⁵ revelando que a RPM não era, nem invariavelmente anticoncorrencial, nem sempre a favor da concorrência. Por conseguinte, uma regra de análise da razão pareceu necessária para determinar se um determinado acordo RPM foi legal ou ilegal. Isto é o que com o acórdão *Leegin* se requer agora nos EUA sempre que se analisam acordos que incluem uma política RPM²⁶. Esta é, de facto, uma grande

²³ Acórdão *State Oil Co vs Khan*, 522 US3, 10 (1997).

²⁴ Vide neste sentido, Shubha Ghosh, *Vertical Restraints, Competition, and the Rule of Reason*, August 7, 2007, p. 11 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1005380>: "By way of comparison, the 1997 case of *State Oil v Khan*, which ruled that maximum resale price maintenance was subject to the *rule of reason*, was a unanimous decision with the seven justices that were common to both panels agreeing on the outcome. (...) We can only speculate on how these two justice would have ruled in *Leegin*, but very likely the outcome would not have been that different given the two departing justices pro-business tendencies."

²⁵ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Vide a este respeito alguns comentários sobre o acórdão *Leegin Antitrust Analysis of Resale Price Maintenance After Leegin*, 55 *Antitrust Bull.* 271, 2010, available at <http://www.federallegalpublications.com/antitrust-bulletin/201007/ab-2010-55-2-antitrust-bulletin-vol-55-no-2-summer-2010>.

²⁶ Vide Filippo Amato e Jones Day, *RPM in the European Union: Any developments since Leegin?*, CPI Antitrust Chronicle, novembro 2013, pp.2,3 refere que: "This scenario changed in 2007 when the U.S. Supreme Court overruled *Dr. Miles*, holding in *Leegin* that RPM should no longer be considered a *per se* violation of antitrust law, but should be subject to a "rule of reason" approach. *Leegin* triggered a heated debate on both sides of the Atlantic with respect to the treatment of RPM in vertical agreements."

viragem na análise das práticas e políticas RPM seguida pelo ST desde que começou a trabalhar sobre este tema em 1911 com o Acórdão *Dr. Miles*.

Na Europa, diversamente do direito *antitrust* dos EUA, o direito comunitário da concorrência apresenta a especificidade de enquadrar, não apenas a atuação das empresas mas também dos Estados-Membros o que pode explicar-se pelo maior grau de intervenção estadual na atividade económica, sem paralelo com o que sucede nos EUA e também pelos riscos particulares que essa intervenção pública comporta na integração entre os vários mercados nacionais²⁷. Na Europa a RPM é analisada no âmbito do art. 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁸ que fundamentalmente está preocupado com o comportamento multilateral das empresas nos Estados-Membros. Neste sentido, o art. 101.º menciona especificamente um conjunto de acordos, decisões e práticas que se enquadram na proibição, sendo que o primeiro dos quais é a fixação direta ou indireta dos preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação. Esta formulação sugere a necessidade de rever todos os acordos ou práticas numa base casuística e avaliar se existe um efeito anticoncorrencial e, em caso afirmativo, se os eventuais efeitos negativos são contrabalançados pelos benefícios de eficiência previstos no n.º 3, da mesma disposição legal.

Esta abordagem da análise dos efeitos dos acordos RPM conduz à necessidade de as autoridades da concorrência, nos processos de inquérito levados a efeito, evidenciarem os efeitos negativos nos termos do art. 101.º do TFUE, enquanto que o réu deve mostrar a eficiência da política RPM ao abrigo do art. 101.º, n.º 3 do TFUE²⁹. Certos tipos de acordos e de práticas foram colocados em determinadas "caixas", como adiante analisaremos, eliminando a necessidade de uma avaliação caso a caso. Neste contexto, é feita a distinção entre o "objeto" e o "efeito" das infrações, ou seja, as práticas que são anticoncorrenciais por "objeto" presumem-se anticoncorrenciais. Para esses casos, as autoridades da concorrência não são obrigadas a fornecer quaisquer evidências económicas (ou outras) de ofensa às leis da concorrência. Em consequência, as várias isenções por categoria

²⁷ Vide neste sentido Luís Domingos Silva Morais, *op. cit.*, p. 101.

²⁸ Art. 101.º/1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) com as alterações decorrentes do Tratado de Lisboa que foi assinado em 13 de Dezembro de 2007 e entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009. Antes de 1 de Dezembro de 2009 este art. correspondia ao Art. 81(1).

²⁹ Art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Antes de 1 de Dezembro de 2009 este art. correspondia ao Art. 81.º, n.º3.

da UE permitem uma avaliação mais ampla das práticas anticoncorrenciais ao abrigo de possíveis benefícios de eficiência. Assim, o escopo das BER³⁰ foi essencialmente determinar pré-requisitos específicos em que um acordo vertical seria isento da aplicação do art. 101.º do TFUE e, portanto, garantir a segurança jurídica. As BER pretendem determinar que acordos podem ser abrangidos pela isenção estabelecida no art. 101.º, n.º 3 do TFUE devido às suas características.

Neste sentido, para os acordos verticais, o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 prevê um porto seguro, ou seja, uma isenção com a condição de que a quota de mercado do fornecedor não exceda 30%. Abaixo desta quota existe uma presunção de que os acordos verticais não terão efeitos negativos, ou se tiverem, que os efeitos negativos não superam os benefícios trazidos pela eficiência. Não obstante, o benefício de isenção das BER não se estende a acordos que contenham restrições graves, designadas como restrições *hardcore*, sendo que as políticas RPM são consideradas uma das restrições graves enumeradas no art. 4.º do Regulamento, mais especificamente os acordos ou cláusulas que estabelecem preços fixos ou que fixam preços mínimos de revenda e, portanto, por definição, uma violação do art. 101.º do TFUE. Além disso, as BER estabelecem que os acordos verticais que incluam essas restrições graves *hardcore* não serão isentos da aplicação do art. 101.º, mesmo que as empresas em causa tenham uma *quota* de mercado pequena. Sem prejuízo do atrás referido, os preços máximos e recomendados de revenda, não são considerados restrições *hardcore*³¹.

³⁰ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JOUE L 102, 23.4.2010, p.1-7.

³¹ As Orientações relativas às restrições verticais, parágrafo 47 estabelecem uma possibilidade de escape relativamente às restrições graves: «O Regulamento de Isenção por Categoria inclui no seu art. 4.º uma lista de restrições graves que levam à exclusão da totalidade de um acordo vertical do seu âmbito de aplicação. Quando uma destas restrições graves é incluída num acordo, presume-se que o acordo é abrangido pelo art. 101.º, n.º 1. Presume-se igualmente que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no art. 101.º, n.º 3, não sendo assim aplicável a isenção por categoria. Contudo, as empresas podem, num processo individual, demonstrar os efeitos pró-concorrenciais nos termos do art. 101.º, n.º 3. Caso as empresas demonstrem que a inclusão da restrição grave no acordo irá provavelmente proporcionar ganhos de eficiência e que, em termos gerais, todas as condições previstas no art. 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas, a Comissão será solicitada a apreciar efectivamente o impacto negativo provável na concorrência antes de determinar, em última análise, se as condições estabelecidas no art. 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas.»

2. A dicotomia entre a *per se rule* e a *rule of reason*

A *per se rule* encontrada na jurisprudência *antitrust* surgiu da necessidade de aplicar eficazmente a secção 1 do *Sherman Act*. As interpretações judiciais iniciais do *Sherman Act* limitaram-se a uma análise literal e estrita, o que resultaria na ilegalidade de todos os acordos entre duas ou mais entidades. Assim, o ST considerou necessário, com base na jurisprudência *antitrust*, promover uma análise mais simples e em consonância com o espírito do *Sherman Act*, passando a usar uma “regra da razão”, a fim de avaliar se um acordo realmente promovia ou suprimia a concorrência. Uma análise com base na *rule of reason* permitiria obter uma visão mais equilibrada dos efeitos pró e anti-concorrencias de um acordo.

Deste modo, os acordos que injustificadamente suprimissem a concorrência, seriam violações da Secção 1 do *Sherman Act* e inversamente, aqueles que não têm efeitos negativos na concorrência não seriam. Ao abrigo das *per se rules*, o inquérito probatório do Tribunal termina quando ele determinar que um contrato ou acordo cai dentro de uma determinada categoria, previamente estabelecida como ilegal *per se*. Assim, as *per se rules* são ferramentas extremamente úteis, porquanto ajudam a economizar tempo e recursos³². No entanto, a evolução da jurisprudência *antitrust*, tem assistido à criação e revogação de tais presunções baseadas na experiência judicial e nas condições de mercado.

Enquanto as proibições *per se* continuam presentes na jurisprudência *antitrust* (por exemplo ao nível de práticas de fixação horizontal de preços, divisão de mercado geográfico, repartição de clientes, redução da produção, boicotes de grupo)³³, o Tribunal tem vindo a alterar a sua abordagem diferenciando a aplicação de uma análise com base na *per se rule* e na *rule of reason*³⁴. A análise *per*

³² Conforme referido pelo Professor Robert H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, Part II, volume 75, n.º 3, Yale Law Journal, 1966, disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers, p. 385: “The version of the *per se rule* defended here would result in automatic illegality for the first agreement, and not for the second. In fact the second agreement, once market share were shown or conceded, should be completely lawful. This difference in result arises from economic presumptions and considerations of efficient law enforcement.”

³³ Vide neste sentido Edward D. Cavanagh, *The Rule of Reason Re-Examined*, Business Lawyer, St. John's Legal Studies Research Paper No. 12-0012, vol. 67, issue 2, fevereiro 2012, p. 435-469, p. 445, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2146784>: “Under *per se* analysis the plaintiff relived of the obligation to define a relevant market and to prove market power.”

³⁴ Já numa visão crítica da *per se rule* o Professor Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, op. cit., p. 378 refere que: “Failure to define the scope of the *per se rule* in terms of consumer welfare may account for the Supreme Court's marked inability, to date, to describe the contours of the *per se rule* satisfactorily.”

se continua a ser utilizada e aplicada, sem prejuízo, o ST tem tido uma abordagem menos formalista e rígida e, concomitantemente, evitando o uso de presunções. Conforme atrás aludido, a decisão do ST no caso *Leegin*, alterou o paradigma na análise dos acordos RPM e desencadeou um debate crescente sobre a conhecida distinção entre a conduta que é, de *per se* ilegal e a conduta julgada sob a *rule of reason*, bem como sobre a razoabilidade das distinções categóricas desenhadas pelos tribunais. Enquanto os acordos RPM foram de facto de *per se* ilegais nos EUA, na União Europeia (UE), as Orientações sobre restrições verticais não rotularam os acordos RPM como ilegais *per se* refletindo uma abordagem distinta na apreciação deste tipo de políticas por parte da Comissão³⁵. Na UE, o art. 101.º, n.º 1 do TFUE inclui uma abordagem diferente do *Sherman Act*.

A primeira parte do art. 101.º do TFUE é sem dúvida semelhante ao estatuído na secção 1 do *Sherman Act* na medida em que proíbe “acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.” Por sua vez, o art.º 101.º, n.º 3 do TFUE isenta os acordos, decisões e práticas concertadas que, possam restringir ou falsear a concorrência, mas que em simultâneo também possam contribuir para a produção ou distribuição, beneficiando os consumidores, desde que eles não imponham restrições indispensáveis sobre a concorrência. Portanto, a análise agregada dos números 1 e 3 do art. 101.º do TFUE, não permite que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) possa considerar a possibilidade de analisar este artigo em conformidade com as *per se rules* uma vez que esta disposição contém, em simultâneo, uma proibição, bem como uma base explícita para a isenção. Como consequência natural, a interpretação do TJUE do art. 101.º acaba por ser estática e pouco moldável uma vez que o tribunal funciona sob a égide de objetivos fixados e incorporados por disposições do TFUE e em conformidade com os princípios basilares subjacentes ao funcionamento da EU.

No entanto, mesmo os Regulamentos de isenção de categoria foram baseados na conceção de que era necessário realizar a análise dos duplos efeitos positivos e negativos no mercado de uma política RPM com o intuito de determinar

³⁵ Vide o Regulamento (UE) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010 da Comissão, sobre a aplicação do art. 101.º, n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas JOUE L102/1.

como é que as autoridades poderiam lidar com os acordos RPM. Considerando que os Regulamentos e *Guidelines* foram dirigidos, direta e individualmente, para avaliar os efeitos no mercado de um acordo particular, sendo que havia também uma preocupação em fornecer alguma certeza jurídica extra, isentando todos os tipos de acordos verticais da aplicação do n.º 1, do atual art. 101.º do TFUE em função da *quota* de mercado e da inexistência de restrições *hardcore*. O que interessa à Comissão Europeia (CE) e à regulação das BER é a exigência de que o acordo não deve conter quaisquer restrições *hardcore*, referidas no Regulamento de Isenção³⁶. Na Europa as partes terão de demonstrar de forma convincente que um acordo RPM faculta, não apenas os meios, mas também os incentivos necessários para ultrapassar o possível efeito *free-riding* entre os retalhistas e que os serviços pós-venda permitem beneficiar os consumidores, cumprindo-se deste modo as condições cumulativas estabelecidas no n.º 3, do art. 101.º do TFUE.

Por último, uma comparação dos objetivos subjacentes a cada um dos respetivos sistemas pode ajudar a explicar as direções divergentes das duas tendências jurisprudenciais. O objetivo principal do ST é defender a Constituição dos EUA. Assim, uma decisão *antitrust* dos EUA não é regida pelo *Sherman Act* de forma isolada, porquanto são tomadas em consideração as decisões do Tribunal atendendo à sua responsabilidade constitucional de interpretar as leis aprovadas pelo Congresso e intervir quando essas leis ultrapassarem os limites da autoridade do Congresso nos termos da Constituição. Inversamente, os objetivos da UE assentam na integração económica do mercado entre os seus membros. Assim, o TJUE tem que analisar os objetivos políticos e económicos do próprio Tratado. Em resumo, enquanto o Supremo Tribunal dos EUA nunca viu a aplicação rigorosa do *Sherman Act* como um elemento essencial, o TJUE desenvolveu uma mentalidade institucional focada na aplicação rigorosa do art. 101.º do TFUE, a fim de garantir a realização dos objetivos fundamentais da UE.

³⁶ Regulamento (UE) n.º 330/2010, de 20.4.2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

3. A aplicação da *rule of reason*

A orientação primordial da *rule of reason*³⁷ consiste na introdução do critério da razoabilidade na interpretação de uma restrição da concorrência interdita por via do *Sherman Act*, que irá ser desenvolvido sob duas perspectivas. O ponto comum em ambas as vertentes que serão mencionadas reside no abandono do princípio de análise das restrições da concorrência “per se”. Na sua essência, a *rule of reason* parte do pressuposto de que a restrição da concorrência terá de ser apreciada com base na análise do mercado, recusando a aplicação de modelos baseados em presunções, ou em quase presunções. É interessante constatar que esta construção foi progressivamente delineada através de sucessivas decisões do ST dos EUA que assim corrigiram ou completaram a jurisprudência anterior.

A aplicação da “*rule of reason*” não implica a adoção de um outro princípio *per se* o qual significaria que em nenhuma circunstância o ST iria aplicar uma apreciação automática da violação do *Sherman Act*. Assim, é possível deduzir que perante uma situação óbvia de manifesta restrição da concorrência, poderia ser aplicada a regra *per se*. A primeira vertente da “*rule of reason*” como “restrição acessória”, parte do princípio de que as restrições da concorrência que sejam necessárias à realização de um objetivo considerado ele mesmo lícito, seriam admitidas. Neste sentido, o fim e o objetivo lícito de determinado acordo justificariam a presença de determinadas cláusulas que pudessem ser consideradas restritivas da concorrência, sendo que as cláusulas restritivas constituíam, desta forma o acessório, ou seja, o meio que tornaria possível a realização do fim pretendido, ele mesmo considerado lícito.

A segunda vertente, o “balanço concorrencial”, analisa os efeitos pró e anticoncorrenciais que o acordo em si mesmo é suscetível de provocar,

³⁷ A *rule of reason* é assim definida no Black's Law Dictionary p. 1.332 do seguinte modo: «Under 'rule of reason' test for determining whether alleged acts violated § 1 of the Sherman Anti-Trust Act (15 U.S.C.A. § 1), which declares conspiracies in restraint of trade to be illegal, fact finder must weigh all circumstances of the case to decide whether practice unreasonably restrains competition, and the test requires that plaintiff show anticompetitive effects, or actual harm to competition, and not whether the practices were unfair or tortuous [...]. Under the 'rule of reason' in antitrust law the legality of restraints on trade is determined by weighing all the factors of the case such as the history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy and the purpose or end sought to be attained [...]. To constitute a crime under § 1º of the Sherman Antitrust Act, the defendant's conduct must result in an unreasonable restraint of interstate commerce. It is for the jury to determine from a consideration of all the facts and circumstances, including the economic conditions of the industry and the effect on competition, whether defendant's conduct creates an unreasonable restraint on interstate commerce.»

procurando realizar um balanço entre ambos. Deste modo, se este balanço concorrencial revela um resultado positivo, o acordo não restringirá a concorrência, antes pelo contrário, será considerado que a estimula. Porém, se o saldo é negativo, então a decisão concluirá pela restrição da concorrência. Sublinhe-se, conforme já foi mencionado, a importância atribuída ao poder de mercado, o qual constitui um elemento fundamental na apreciação do carácter razoável do acordo ou prática em causa, configurando-se assim, como uma forma de “crivo” utilizado para tal apreciação. Esta avaliação traduz a convicção de que as restrições provocadas por empresas com fraco poder no mercado serão corrigidas de forma automática pelos mecanismos próprios do mercado. Sobre esta questão importa agora refletir sobre como foi conduzida a análise da *rule of reason* nos EUA e na Europa³⁸.

4. Convergência e divergência na análise dos acordos RPM efetuada nos EUA e na Europa

Atualmente a discussão e principais preocupações sobre os efeitos e a legalidade *versus* ilegalidade, pró-concorrência *versus* anti-concorrência de uma política RPM são temas semelhantes, tanto nos EUA como na UE, existindo, no entanto, perspectivas divergentes, contradições e controvérsias, quer entre estados federais nos EUA, quer na UE entre tribunais nacionais e a Comissão Europeia (CE). Importará, por isso, avaliar se existe um distanciamento ou, pelo contrário, uma convergência em termos de abordagem na regulação das questões da concorrência e, em particular, na abordagem efetuada sobre as políticas RPM entre o velho continente e os EUA. A abordagem europeia pode ser vista como mais pragmática em relação à abordagem efetuada nos EUA sendo que há menos pressão política e controvérsia. Neste contexto, as interpretações europeias da RPM podem ser usadas como uma mostra e um trampolim para os homólogos americanos, enquanto os europeus podem aprender mais com a rica e densa história da RPM nos EUA, designadamente a judicial. No entanto, quer nos EUA como na Europa o que se pretende é fornecer ambientes justos e equilibrados para o comércio das

³⁸ A Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate about Competition Policy in Europe?*, 2011, *European Competition Journal*, vol. 5, 479-514, p. 493.

marcas, tanto para os pequenos retalhistas especializados, como para os grandes retalhistas³⁹.

Assim, urge desenhar linhas claras que funcionem como uma divisória que permita estabelecer com precisão quando é que uma política RPM é benéfica ou quando é que esta pode ferir os canais de distribuição e beliscar as relações entre os seus membros e, nesse sentido, é anticoncorrencial, ilegítima e consequentemente deverá ser banida. Claramente, a RPM é por si só um conceito complexo pelo que os vários órgãos decisores devem adotar medidas construtivas para poderem compreender os impactos reais da RPM sobre os mercados. Neste contexto, algumas discussões têm estado no âmago da análise desta questão. Na UE atualmente, a maioria das perspetivas sobre as restrições verticais coloca o foco da política RPM no poder de mercado, ou seja, qual dos membros do canal de distribuição tem ganhos injustificados e poder de mercado como resultado da utilização de uma política RPM pelo que a quota de mercado implementado na UE permite estabelecer a fronteira e desenhar uma linha de separação entre a ilegalidade e a legalidade de uma política RPM.

Nos EUA, a maioria das discussões sobre a política RPM encontram-se centradas nos argumentos do parasitismo. Os argumentos sobre *free-riding* são particularmente importantes quando estamos a analisar produtos inacabados, incompletos e complexos. Em suma, a maior parte da confusão causada pela política RPM resulta do facto de inexístirem medidas construtivas suficientes para implementar e legitimar uma política RPM dentro de uma estrutura de mercado justo, tanto nos EUA como na UE. Neste sentido, a política RPM é uma das práticas de preços mais controversas do século passado, sendo que, nos últimos anos, a análise deste tema foi sendo suavizada muito por via da nova abordagem e critérios definidos quer judicialmente (nos EUA), quer a nível da nova regulamentação e orientações sobre restrições verticais (na Europa), mantendo no entanto a sua complexidade.

5. Em Portugal

Relativamente a Portugal, sendo as questões em redor do direito da concorrência contemporâneas do desenvolvimento da UE e tendo como principal

³⁹ Vide S. Umit Kucuk e Harry J.P.Timmermans, *Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. perspectives*, op. cit., pp. 539-540.

substrato a concretização do seu corolário principal de integração económica dos Estados-Membros e respetivo mercado único europeu, é cada vez mais premente a análise do direito da concorrência e em particular dos acordos RPM com principal acuidade na aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades nacionais dos Estados-Membros. A importância de uma aplicação uniforme e uníssona do direito comunitário da concorrência dentro do espaço europeu pelas diversas entidades, quer comunitárias, quer nacionais com poderes para tal, influiu diretamente na necessidade basilar da criação de mecanismos jurídicos próprios e independentes dos Estados-Membros, por via da aplicação direta do direito comunitário, aplicação esta suportada pelo primado do direito da UE. Estas prerrogativas tornam o direito da concorrência uma espécie de bem público que deverá ser prosseguido, quer pelos organismos comunitários, quer pelos Estados-Membros. A adesão livre e consciente dos Estados à UE, bem como a partilha ou transferência de poderes, em matérias primordialmente da competência exclusiva dos Estados e que são agora da competência da UE, acabam por revelar a evidente perda de soberania que, paulatinamente, os Estados têm vindo a sofrer. Os próprios tribunais nacionais dos Estados-Membros, em matéria de concorrência, encontram-se limitados pelo direito comunitário.

No entanto, importa sublinhar que a aplicação do direito da concorrência da UE revela-se bastante mais intrincada do que a do direito nacional, dependendo da verificação de um conjunto de requisitos específicos previstos nos Tratados e Regulamentos comunitários aplicáveis à questão em concreto. Com efeito, a dependência dos tribunais nacionais no que respeita à aplicação do direito comunitário em matéria de concorrência pode, de alguma forma, criar entropias na prossecução dos objetivos da Comissão, da integração económica e da criação do mercado único europeu. Acresce que, a dificuldade na aplicação de disposições previstas no TFUE que carecem de uma apreciação económica particularmente complexa, evidencia que, na maior parte dos casos, os tribunais não estão preparados para lidar adequadamente com questões desta natureza. No entanto, a reforma ou modernização do direito comunitário da concorrência, empreendida

pelo Regulamento (CE) 1/2003⁴⁰ do Conselho introduziu uma alteração profunda na aplicação do direito europeu da concorrência, criando um sistema descentralizado de aplicação das normas europeias da concorrência. Neste sentido, no que concerne especificamente ao capítulo IV, proponho analisar a temática objeto deste trabalho no direito nacional, recorrendo à abordagem de alguns processos de investigação da Autoridade da Concorrência (AdC) por restrições verticais associadas a uma política de preços.

SUBCAPÍTULO I – A Dupla vertente de efeitos da RPM - efeitos pró e anti-concorrenciais da RPM

1. As três tipologias associadas à RPM (fixação do preço de revenda, fixação do preço máximo e mínimo de revenda)

A delimitação ou fixação do preço de revenda é um dos meios mais eficazes que o fornecedor dispõe para influenciar o preço pelo qual o distribuidor irá revender os seus produtos. Porém, esta prática pode gerar danos significativos no mercado e na concorrência, em particular nos consumidores e no seu bem-estar uma vez que o preço não é delimitado de acordo com a oferta e a procura assente em padrões de concorrência saudáveis e livres, mas sim por uma mera liberalidade do fornecedor ou dos próprios distribuidores. Os distribuidores também podem participar da negociação do preço que será fixado e, inclusivamente, exigir que o fornecedor fixe o preço de revenda para todos os seus distribuidores com vista a impedir e limitar a possibilidade de concorrência predatória entre eles. Todas as formas de delimitação do preço de revenda são utilizadas pelo fornecedor como meios de controlo direto sobre os seus distribuidores mas, de igual modo, são utilizadas para controlar as condições de venda praticadas pelos membros da rede de distribuição. Os acordos RPM podem ser de três tipos⁴¹, cada qual com as suas

⁴⁰ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado (atualmente correspondentes aos arts 101.º e 102.º do TFUE), de 4.1.2003, JOCE, L 1.

⁴¹ Vide a este propósito Andres Font Galarza, Frank P. Maier-Rigaud e Pablo Figueroa, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations from a Business and Economic Perspective*, CPI Antitrust Chronicle, November 2013, disponível em SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2355255>, p. 2: «Resale or retail price maintenance (“RPM”) refers to an agreement between an upstream and a downstream firm in a vertical value chain concerning the retail level price. RPM refers either to a maximum, a minimum, or a fixed price that retailers agree to charge their custom Resale or retail

particularidades e formas de análise distintas a saber: (i) fixação do preço de revenda; (ii) fixação do preço máximo de revenda ou (iii) fixação do preço mínimo de revenda. Relativamente à terminologia, a utilização da designação “delimitação de preço de revenda” é mais ampla do que propriamente a designação “fixação de preços”. Além da delimitação do preço mínimo de revenda, da delimitação do preço máximo de revenda e da fixação do preço de revenda, existe ainda a figura do preço sugerido.

No que concerne à sugestão do preço de revenda, esta situação caracteriza-se pela não vinculação dos agentes económicos no mercado de distribuição. Contrariamente ao que ocorre com as outras formas de delimitação do preço de revenda, no preço sugerido não há a obrigatoriedade de seguir o preço. No entanto, os distribuidores tendem normalmente a estabelecer o seu preço de revenda de forma aproximada à sugestão feita pelo fornecedor. Sem prejuízo, apesar de ser uma mera sugestão, o preço sugerido pode dissimular uma efetiva fixação do preço dependendo da forma como é utilizado. Neste sentido, o preço sugerido poderá configurar uma delimitação “disfarçada” do preço de revenda. Em teoria, não pode haver qualquer tipo de controlo e punição por parte do fornecedor em relação ao distribuidor que não cumprir o preço sugerido. Caso contrário, descaracteriza-se a mera sugestão e configura-se como uma efetiva fixação do preço de revenda com possibilidade de punição porquanto a prática poderá ser anticoncorrencial.

A fixação de preço mínimo de revenda ocorre quando o fornecedor determina um preço mínimo de revenda do produto comercializado, não podendo o distribuidor, sob nenhuma justificação, vender abaixo desse limite. Essa restrição vertical é muito comum nos produtos de luxo em que, por questões associadas ao prestígio da marca, o bem deve ter um valor elevado e ser vendido a um determinado preço. Conforme veremos adiante, a fixação do preço mínimo de revenda é considerada, juntamente com a fixação do preço de revenda, uma restrição vertical que pode causar graves danos à concorrência e, concomitantemente ao mercado.

Relativamente à delimitação de preço máximo de revenda, esta forma de restrição vertical é o oposto da anterior. Ao invés do fornecedor impor um limite

price maintenance (RPM) refers to an agreement between an upstream and a *downstream* firm in a vertical value chain concerning the retail level price.»

mínimo no preço do distribuidor, aquele impõe um limite, ou seja, o distribuidor não pode revender o produto por um preço superior ao estipulado pelo fornecedor. Conforme veremos adiante, a fixação do preço máximo de revenda foi considerada, no passado, uma restrição vertical grave. Contudo, seguindo o entendimento doutrinário, da jurisprudência, quer no direito *antitrust*, quer na Europa, esta posição acabou por ser abandonada.

2. Dupla vertente da RPM. Efeitos pró e anticoncorrenciais

Importa ainda salientar que os acordos RPM têm simultaneamente uma dupla vertente de efeitos porquanto podem, de facto, ser anticoncorrenciais prejudicando gravemente a concorrência ou podem, de igual modo, ter efeitos benéficos para a concorrência com efeitos pró-concorrenciais, assumindo uma panóplia de formas e valências que vão desde acordos que controlam diretamente os preços de transação do retalhista, a políticas que o fazem indiretamente ou limitando as vendas apenas para os revendedores que seguem os preços de retalho sugeridos pelo fabricante⁴².

Quanto aos benefícios favoráveis à concorrência estes incluem comumente o reforço da concorrência entre marcas, eliminando problemas de parasitismo ao nível dos retalhistas resultando na prestação de serviços pré-venda ou outros serviços de apoio, ou garantindo uma determinada margem ao nível do retalho para incentivar a promoção de produtos de um fabricante. Noutros casos, uma política RPM pode resultar em graves danos anticoncorrenciais, facilitando cartéis de fabricantes e ou retalhistas, o restabelecimento da capacidade de uma empresa a montante de exercer poder de mercado e, até mesmo, no contexto das relações de bloqueio, à eliminação quer, da concorrência *intrabrand* quer da concorrência *interbrand*. Na sua formulação clássica, a RPM envolve o controlo direto do preço da transação de revenda dos produtos do fabricante. A RPM também pode ser realizada através dos chamados programas Colgate ou indiretamente, quando o

⁴² Vide neste sentido Pamela Jones Harbour/Laurel A. Price, *RPM and the rule of reason: Ready or not, here we come?*, *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, 2010, p. 227: “The vertical restraints of trade in general, and RPM policies in particular, have been a continuing source of debate. The discourse is characterized by, on the one hand, a wealth strongly-held-belief in theories of both harm and benefit to consumers, and on the other hand, a dearth of rigorous empirical evidence to support these beliefs (...) RPM engenders polemical debates of almost religious proportions. At the end of the day, however, the disputes still cling to unreconciled, if not irreconcilable, differences in what each side believes to be true about the nature and effect of RPM”.

preço de transação de um produto pode ser controlado indiretamente por meio de limitação dos bens disponíveis, oportunidades de ocasião associadas à venda do produto, entre outras possibilidades. Os preços em geral e os preços *intrabrand* também podem ser controlados e limitados através de políticas de publicidade de preços mínimos. Em termos formais, a delimitação dos preços de revenda é ainda definida como um acordo entre os participantes em diferentes níveis de uma estrutura de distribuição para estabelecer o preço de revenda de produtos ou serviços⁴³.

2.1. Benefícios de eficiência da RPM. Potenciais efeitos favoráveis na concorrência

Assim, os benefícios de eficiência da RPM são, para a maior parte dos autores, mais antigos do que os seus efeitos anticoncorrenciais⁴⁴. Existem essencialmente três grandes argumentos, mais de índole económica, que permitem a aplicação de uma política RPM. O primeiro argumento, que tem por base as decisões da *Federal Trade Commission* (FTC) dos EUA no caso *Leegin*, considera que uma política RPM reduz a concorrência de preços *intrabrand* mas pode promover a concorrência *interbrand*⁴⁵ promovendo, assim, a certificação da qualidade dos produtos, ou reduzindo o parasitismo ao nível da distribuição, porquanto permite

⁴³ Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: Some Lessons from the Ongoing International Debates Regarding Resale Price Maintenance*, *ob. cit.*, p.2: "RPM is a vertical restraint that limits *intrabrand* price competition i.e., competition between resellers of the same manufacturer's product by restricting the price at which retailers may sell that product. (...)The procompetitive benefits of RPM may include the strengthening of *interbrand* competition by eliminating *free-rider* problems at the retail level that result in the suboptimal provision of presale advice or other services, or by guaranteeing a margin at the retail level to encourage the promotion of a manufacturer's product. In other circumstances, however, the practice can result in serious anticompetitive harms (...)."

⁴⁴ Sem prejuízo da defesa dos efeitos pró-concorrenciais pela maioria dos autores, principalmente depois da decisão no caso *Leegin*, John B. Kirkwood, *Rethinking Antitrust Policy Toward RPM*, *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, n.º2, Seattle University School of Law, 2010, p. 443 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1559377> não partilha desta opinião e refere que: "The justifications most commonly offered for RPM are likely to be invalid in a significant number of cases, either because the necessary preconditions are not satisfied, the benefits are minor, or they can be achieved in less restrictive ways. This indicates that the net effect of RPM is likely to be anticompetitive, not procompetitive, in a substantial number of cases. At the same time, it seems fair to conclude that RPM is likely to be procompetitive-and benefit consumers-in a considerable number of other cases."

⁴⁵ Vide Kenneth G. Elzinga e David E. Mills, *Leegin and procompetitive resale price maintenance*, *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, N.º 2, Federal Legal Publications, 2010, pp. 352-353: "Although RPM reduces *intrabrand* price competition, it compensates for this by increasing *intrabrand* service competition and (most importantly) enhancing *interbrand* competition both within and between retailers."

aos retalhistas o fornecimento de serviços específicos⁴⁶. O segundo argumento refere-se à necessidade de se avaliar os benefícios de eficiência, no modelo europeu sob o escrutínio do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Existem circunstâncias específicas, perante as quais a RPM é mais eficaz do que outras restrições. Por exemplo um fornecedor de uma determinada marca de produtos, que vende através de uma rede de especialistas e que faz questão de proteger esta mesma rede que é a sua principal via para o mercado, mas que tem sido abordado por um retalhista na *internet*. Ora, neste caso, o fornecedor está preocupado que, se ele fornecer o retalhista que opera na *internet*, sem uma política RPM, então o retalhista a operar na *internet* poderia baixar os preços e danificar a viabilidade de venda dos seus produtos na rede de retalhistas especialistas fora da *internet*. O terceiro argumento é baseado no padrão da escola de Chicago. Este argumento assenta na possibilidade de que, em qualquer mercado, existe apenas um lucro de monopólio. O Tribunal no caso *Leegin* deixou claro que, apesar da RPM poder aumentar os preços de venda a retalho de um produto, a norma *antitrust* adequada não deve concentrar-se apenas nos efeitos de uma restrição vertical no preço de um produto⁴⁷⁴⁸. Passemos agora a analisar com mais detalhe os efeitos pró-concorrenciais de uma política ou acordo RPM.

2.1.1. Prevenção do *free-riding*.

Talvez a justificação mais frequente para a RPM seja aquela que envolve a eliminação de problemas do parasitismo⁴⁹. De acordo com esta teoria, alguns

⁴⁶ Conforme referido por Matthew Bennett *et. al.*, , *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, Munich Personal Archive, 30 de janeiro de 2010, p. 18, nota de rodapé n.º 28: “The quality certification literature is essentially the same, but the service which the retailer provides is a form of quality certification service. By stocking a given product the retailer implicitly guarantees the quality of that product in the eyes of consumers. An example might be a smart department store stocking a particular perfume and thereby raising the brand profile of that perfume.”

⁴⁷ Neste sentido Robert L. Steiner, *The Leegin Factors – A Mixed Bag*, *Antitrust Bulletin*, Vol. 55, No. 1, 2010, p. 29 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1805140> refere que: “RPM can give consumers more options to choose among low-price, low-service brands and high-price, high-service brands.”

⁴⁸ Vide Benjamin Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-riding*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 2009, p. 461 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1656052>: “The Court in *Leegin* made it clear that, although resale price maintenance may increase a product’s retail price, the appropriate antitrust standard should not focus solely on the short-term, or even long-term, effect of a vertical restraint on a product’s price.”

⁴⁹ Marina Lao, *Resale price maintenance: a reassessment of its competitive harms and benefits*, Forthcoming, 2009, p. 20 disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1434984> refere que: “Eliminating free rider effects is the principal economic explanation most often offered for RPM. In

produtos exigem pontos especiais de venda e serviços específicos associados, designadamente demonstrações em lojas de especialidade. Se os clientes tiram proveito desses serviços mas, em seguida, comprarem numa loja de descontos que não incorre nos custos de prestação destes serviços então, os retalhistas que prestam estes serviços poderão passar a reduzir ou a eliminar os serviços extra que melhoram a venda do produto e que consistem num benefício para os consumidores. A margem adicional fornecida pela RPM, em teoria, permite aos retalhistas fornecer serviços pré-venda e, portanto, pode ajudar a prevenir o *free-riding* ao nível da distribuição⁵⁰.

Importa sublinhar que, tal como referido por Michael E. Jacobs existem autores críticos deste argumento, como por exemplo economistas como Klein e Murphy que alegam que a teoria do *free-riding* é imperfeita porque se baseia na hipótese irrealista de que a única possibilidade de *nonprice competition* disponível para os retalhistas é o fornecimento de serviços particulares na venda, conforme pretendido pelos fabricantes. Muitos outros autores como *Comanor, Scherer, Areeda e Hovenkamp* são igualmente cétricos quanto à explicação do *free-rider*. De qualquer modo, enquanto o uso da RPM impedir qualquer parasitismo e aumentar a produção, pode servir para maximizar o lucro do fabricante. Neste sentido, não existe razão *a priori* para acreditar que os consumidores, como um todo, preferem os preços menores com menos serviços associados⁵¹ e, neste sentido, faria sentido aplicar uma política RPM para evitar os *free-riders* e respetivo parasitismo. Assim, para acabar com o problema que, em algumas situações, os *free-riders* causam, o

a nutshell, the classic free rider theory posits that effective marketing for some products requires special point-of-sale dealer services that cannot be separately sold, such as in-store demonstrations."

⁵⁰ Michael E. Jacobs, *ob. cit.*, p. 18, nota 92: "The *Leegin* majority credited this theory as follows: Absent vertical price restraints, the retail services that enhance *interbrand* competition might be underprovided. This is because discounting retailers can free ride on retailers who furnish services and then capture some Of the increased demand those services generate. Consumers might learn, for example, about The benefits of a manufacturer's product from a retailer that invests in fine showrooms, offers product demonstrations, or hires and trains knowledgeable employees (...) If the Consumer can then buy the product from a retailer that discounts because it has not spent Capital providing services (...) the high-service retailer will lose sales to the discounter, Forcing it to cut back its services to a level lower than consumers would otherwise prefer. Minimum resale price maintenance alleviates this problem because it prevents the discounter from undercutting the service provider."

⁵¹ Marina Lao, *op. cit.*, pp. 21-22 sublinha que: "Moreover, even where free riding is a legitimate concern, RPM cannot truly provide an effective solution. Retailers inclined to shirk can still free ride off of services provided by others and use their RPM margin to attract customers from the service-providing retailers through gifts or discounts on other products."

fornecedor pode fixar um preço de revenda ou delimitar um preço mínimo. Ao utilizar a delimitação do preço de revenda, principalmente na fixação e no preço mínimo de revenda, o fornecedor incentiva a concorrência não associada ao preço entre os seus distribuidores e cessa com o problema do *free-rider*. A este respeito, *Richard Posner* explica que um fabricante pode impedir o parasitismo através da delimitação do preço mínimo de revenda num determinado nível que permita obter lucros suficientes acima do custo da distribuição para permitir que o distribuidor forneça os serviços que o fabricante deseja⁵². O *free-rider* não ocorre em qualquer mercado, conforme demonstra *Hovenkamp* sendo que a natureza do produto pode ajudar a determinar se uma restrição específica foi realizada com o intuito de combater ou prevenir o problema do *free-rider* ou foi imposta por outra questão, talvez por uma razão anticoncorrencial⁵³.

2.1.2. Certificação de qualidade e a erosão da imagem de marca e respetiva qualidade associada

Uma variação da clássica teoria do *free-riding* envolve a certificação de qualidade. De acordo com esta teoria, um retalhista pode ser portador de um determinado produto, que “certifica” a qualidade ou elegância do mesmo. Se uma loja de elevada qualidade oferece um produto, a reputação da loja pode ser utilizada como um sinal para a qualidade do mesmo. Obviamente, o mesmo produto pode também ser disponibilizado por outras lojas de qualidade inferior, o que iria implicar que os *free-riders* tivessem que pedir primeiro a autorização e a respetiva certificação das lojas de elevada qualidade⁵⁴. O parasitismo ocorre quando retalhistas que não investem para desenvolver essa reputação, vendem aos consumidores que querem o produto porque ele tem o carimbo e a certificação de qualidade do vendedor respeitável. Outro exemplo pode ser uma loja de

⁵² Vide Richard A. Posner, *Antitrust Law an Economic Perspective*. University of Chicago Press., Chicago, 2001, 2.^a ed., p. 173: “The answer is that some retailers will prefer to provide no services and instead take a free ride on those retailers who do.”

⁵³ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, West Group Publishing Co, 1994, p. 405 a este respeito salienta que: “Free rider is a much greater problem in some markets than it is in others. As a result, the nature of the product can help a court determine whether a particular restraint was designed to combat free rider problems, or was imposed for another, perhaps anticompetitive reason. First, Free rider problems are greater in ‘brand-specific’ products – products in which customers can distinguish brands of the same product and are not indifferent as to which brand they purchase.”

⁵⁴ Vide Andrés Font-Galarza; Frank P. Maier-Rigaud e Pablo Figueroa, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective*, op. cit., p. 5.

equipamentos eletrónicos em que o consumidor pode ver e comparar computadores, televisões e outros aparelhos tecnológicos e eletrónicos, enquanto desfruta de um serviço ao cliente mas, em seguida, o cliente vai comprar a sua televisão a uma loja mais barata sem uma política RPM. A implicação que este exemplo tem é que os incentivos dos retalhistas que oferecem este tipo de serviços serão eliminados com implicações negativas para os clientes e fabricantes. Outro exemplo pode ser uma marca de roupa conhecida de alta-costura em que a marca conhecida eleva o perfil da loja que a vende. Perante estas situações, se os clientes só compram roupa mais barata serão possíveis dois resultados. Ou a loja não consegue sobreviver e os clientes vão perder uma loja valorizada no mercado e com serviços de qualidade pós-venda, ou então a marca conhecida podia-se recusar a fornecer roupa a grandes distribuidores que vendem a marca em lojas sem serviços especiais associados e a um valor inferior. Perante estes cenários a utilização de uma política RPM permite impedir que esta situação ocorra.

Acontece que sem uma política RPM, algumas lojas com descontos podem vender os produtos com preços mais baixos e, portanto, free-ride os sinais de qualidade que estão associados e são utilizados por prestigiados retalhistas com preços mais elevados. O resultado deste *free-riding*, ou seja, deste parasitismo, deste aproveitar da qualidade de sinalização e certificação é semelhante ao caso dos serviços especiais em que os retalhistas de elevada qualidade vão perder o incentivo para vender os produtos em casos de *free-riding*. Assim, os fabricantes querem definir os preços num determinado nível que transmita aos consumidores algum nível de qualidade dos produtos vendidos⁵⁵. Não obstante, os críticos destes benefícios observaram vários problemas com esta teoria⁵⁶, incluindo o facto de a: (i) RPM tender a envolver marcas estabelecidas que não precisam da certificação

⁵⁵ Vide sobre este tema Gregory T. Gundlach; Kenneth C. Manning e Joseph P. Cannon, *Free riding and resale price maintenance: insights from marketing research and practice*, The Anti-Trust Bulletin 55, n.º 2, 2010, p389: "Because of its reputation, a prestige (i.e., highpriced) retailer's decision to carry a product can impact and signal (i.e., certify) the product's quality."

⁵⁶ Surinder Tikoo e Bruce Mather, *The changed legality of resale price maintenance and pricing implications*, Science Direct, Kelley School of Business, Business Horizons 54 (5), 2010, pp. 417-418: "Eliminating *free-riding* has two consequences. First, it contributes toward providing consumers a choice spectrum that ranges from low-price, low-service brands to high-price, high-service brands. Second, and more important, it stimulates *interbrand* competition. RPM eliminates *intra*brand price competition among different retailers. Consequently, retailers have to compete on non-price factors (e.g., service) for selling the manufacturer's brand."

dos retalhistas⁵⁷ e (ii) a RPM não resolver este problema e fornecer simplesmente vantagem ao não retalhista de prestígio que vende a um menor custo. Numa perspetiva crítica, tal como sublinhado por Marina Lao⁵⁸ autores como *Comanor* e *Scherer* identificaram o ceticismo na literatura económica sobre a frequência com que o *free-riding* ocorre. A este propósito, esta autora salienta ainda que a *Sony*, por exemplo, não precisa da certificação de qualidade da loja *Macy's*. Mesmo para as marcas menos conhecidas, atualmente é questionável a importância da certificação. Nesta era da *internet*, outras fontes de informação independentes sobre a qualidade de produtos e serviços estão prontamente disponíveis e facilmente acessíveis aos seus consumidores. Segundo esta teoria, ao contrário dos retalhistas de prestígio, os retalhistas que não têm prestígio, não têm a obrigação de prestar estes serviços. Neste caso, a RPM só iria dar-lhes uma vantagem de custo ainda maior sobre os retalhista que têm a certificação de qualidade, permitindo-lhes perpetuar a situação de parasitismo utilizando esta circunstância para atrair mais clientes do que os retalhistas de prestígio⁵⁹ através de incentivos não relacionados com o preço, como por exemplo, por via de vales, brindes ou descontos⁶⁰.

2.1.3. Os esforços pré-venda e retalhistas que prestam um serviço completo

Outro exemplo clássico do *free-rider* corresponde às externalidades entre retalhistas ou seja, quando eles competem noutras dimensões para além do preço. Produtos técnicos complexos, por exemplo, podem requerer um extenso serviço de pré-venda que o fabricante gostaria que os seus distribuidores oferecessem. Esses serviços, no entanto, podem elevar o preço do produto e, assim, criar incentivos

⁵⁷ Marina Lao, *op. cit.*, p. 21 assume-se como crítica desta teoria frisando que: “One weakness of this theory is that most RPM cases seem to involve well-established brands, which do not particularly need a prestige retailer’s certification” e “Rather, it is simply that *antitrust* law should not treat the promotion of status marketing as a procompetitive justification for restricting price competition through RPM.”

⁵⁸ Idem, pp. 21- 22.

⁵⁹ Marina Lao, *ob. cit.*, pp. 21-22 sublinha que: “Many other commentators are similarly skeptical of the free rider explanation, observing that few products require demonstrations and other special dealer services and few dealers actually provide them. Yet RPM has been used in the sale of a wide range of products, including boxed candy, pet foods, jeans, vitamins, hair shampoo, knit shirts, men’s underwear, music CDs, and women’s fashion accessories (*Leegin*).”

⁶⁰ Vide neste sentido John B. Kirkwood, *Rethinking antitrust policy toward RPM*, *op. cit.*, p. 446: “While RPM prevents them from lowering the price of the seller’s product, it does not require that they perform any services and does not preclude them from diverting business from other distributors by offering free shipping, free samples of other products, bundled discounts, or other benefits. As a result, even with RPM, dealers may resort to a significant amount of free riding.”

para que os clientes obtenham serviços pré-venda num determinado e especial retalhista para ajudá-los a fazer as suas escolhas, mas depois vão comprar o produto na *internet* ou noutra distribuidor que não oferece estes serviços especiais mas tem o mesmo produto a um preço mais baixo. Ora, nenhum retalhista pode decidir por si só oferecer esses serviços, porquanto esta situação teria consequências negativas tanto para o fabricante como para os clientes. Este problema do *free-rider* pode ser abordado pela RPM, eliminando pela raiz a possibilidade de cortar o preço do produto uma vez que a política RPM permite aos retalhistas uma certa margem que pode ser utilizada como garantia de um maior esforço de pré-venda. Como resultado, a RPM teria um impacto positivo sobre os consumidores e sobre os fabricantes porquanto permitiria aos retalhistas que fossem capazes de cobrir os seus custos mais elevados por maiores receitas.

Os serviços extra prestados aos consumidores⁶¹ são geralmente fornecidos livres de encargos ou o custo desses serviços, pelo menos, é adicionado no preço final de venda no ponto de venda. Para produtos complexos e inacabados esses serviços podem desempenhar um papel determinante nas decisões de compra do consumidor. A RPM, neste contexto, pode oferecer preços uniformes e justa concorrência para os retalhistas que fornecem um serviço completo, por via da inclusão dos custos de serviços de retalho nos custos totais do produto para todos os revendedores no mercado. Isto também conduz à concorrência orientada a serviços, em vez de uma concorrência orientada a preços⁶². De facto, a redução no âmbito da mesma marca do preço de concorrência é frequentemente justificada por um aumento dos serviços a prestar aos clientes (incluindo o investimento em instalações de reparação e em pessoal altamente treinado e qualificado) que fortalece a posição da marca contra outras marcas concorrentes. Se o preço *intrabrand* corresponde a um acordo pelo concessionário para diferenciar a marca através do aumento do serviço ao nível do retalho, a concorrência *interbrand* poderia aumentar. Embora tais aumentos da concorrência entre marcas não

⁶¹ A este propósito Benjamin Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding*, op. cit., p. 463 afirma que, o facto de um cliente experimentar vinte pares de sapatos diferentes durante o período de uma hora, enquanto outro cliente compra o mesmo par de sapatos em cinco minutos, sem experimentá-los, não significa que devemos proibir os retalhistas de fornecerem um serviço de assistência de vendas e proibir os fabricantes de compensarem os retalhistas pelo fornecimento de tais serviços.

⁶² Surinder Tikoo e Bruce Mather, op. cit., p.542.

possam levar diretamente a uma baixa de preços, eles fornecem aos consumidores uma vasta seleção de produtos e serviços. Além disso, se os descontos continuarem a ser orientados pelos preços, a concorrência continua e os retalhistas que prestam os serviços mais completos podem diminuir os serviços prestados para conseguirem lidar com os seus custos. Sem uma política RPM, eventualmente, poderia acabar por existir um declínio na motivação pessoal do serviço e na satisfação do consumidor. No entanto, se a RPM é legalizada, os retalhistas seriam incentivados a competir com base em serviços de consumo de qualidade, em vez de preços e isto, por sua vez, aumenta a satisfação dos consumidores e estabiliza os custos e as respetivas margens de lucro dos retalhistas que prestam um serviço completo.

2.1.4. A Entrada e a introdução de novos produtos

Quando um fabricante introduz um novo produto no mercado, a RPM pode ser bastante útil durante o período introdutório de expansão do produto para proporcionar um incentivo para os revendedores distribuírem ou promoverem os produtos ou para a entrada de um novo produto ou marca no mercado⁶³. Ao introduzir um novo produto no mercado é necessário implementar meios de incentivo que permitam atrair os retalhistas podendo ser difícil se estes receiam que o seu investimento nestes novos produtos não trará a rentabilidade necessária⁶⁴. Sem a RPM os retalhistas que não incorreram nos custos de desenvolvimento de mercado, são capazes de minar os preços dos revendedores pioneiros dificultando-lhes colher os benefícios dos seus esforços e investimentos. Esta é uma das teorias defendidas pela maioria dos autores e que foi acolhida e defendida no acórdão *Leegin* sendo que o próprio juiz *Breyer* sugeriu uma possível

⁶³ Vide Thomas A. Lambert e Michael E. Sykuta, *Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not Justify a Per Se or 'Quick Look' Approach*, CPI Antitrust Chronicle, November 2013, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper, p. 4 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2363139>: "As for pro-competitive benefits, minimum RPM (...) It may facilitate entry by assuring pioneering dealers whose efforts help establish a brand that they will not be undersold by later-adopting dealers once the brand is established. And it may help manufacturers obtain demand-enhancing dealer services that are not susceptible to *free-riding* but are difficult to secure via express agreement."

⁶⁴ A este propósito vide Surinder Tikoo e Bruce Mather, *The changed legality of resale price maintenance and pricing implications*, *op. cit.*, p. 418: "New manufacturers and manufacturers entering new markets, alike, may find it difficult to obtain retail shelf space and motivate retailers to invest effort toward selling a new brand. Through a minimum RPM policy offering higher retail margins, manufacturers can induce retailers to carry new brands and provide appropriate sales efforts at the retail level."

exceção para permitir, nestes casos específicos, estes usos da RPM. Os críticos desta teoria, alegam, no entanto, que as restrições verticais não relacionadas com os preços, tais como os territórios exclusivos, fornecem um mecanismo mais adequado para abordar esta questão⁶⁵. O argumento é equivalente aos esforços de pré-venda atrás referidos. Mas neste caso em particular, o esforço já não está diretamente relacionado com a necessidade de explicações das características do produto, mas sim com os custos de oportunidade de dar a conhecer um produto novo e desconhecido e fazer publicidade a uma marca, com vista a que os consumidores tomem conhecimento da existência do novo produto ou aceitem a nova marca. Subsequentemente à fase inicial da entrada de um novo produto no mercado, outros retalhistas poderiam oferecer o produto a preços mais baixos. A política RPM servirá, assim, para evitar o *free-riding* considerando os dispendiosos esforços na introdução de uma nova marca⁶⁶.

2.1.5. O problema da dupla marginalização

A dupla marginalização segundo certos autores refere-se à situação em que a empresa *upstream* define o seu preço ideal para um determinado produto acima do custo marginal e por sua vez a empresa *downstream* acrescenta mais um *mark-up* resultando num preço final maior do que existiria com a coordenação das duas decisões. Ou seja, a questão da dupla marginalização surge quando se verifica algum poder de mercado em ambos os níveis da cadeia de distribuição. A dupla marginalização é uma externalidade que afeta as empresas verticalmente separadas e os consumidores uma vez que é formado um preço acima de custo marginal, resultando num preço final para o consumidor acima daquele que maximiza os lucros conjuntos dos dois monopolistas. Assim, nesse caso específico, estaremos diante de dois agentes económicos que, devido ao poder de mercado de ambos, irão beneficiar de margens de lucro elevadas, o que ocasiona o problema da

⁶⁵ Vide Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: some lessons from the ongoing international debates*, *ob. cit.*, p. 17.

⁶⁶ Vide neste sentido Marina Lao, *ob. cit.*, p. 23: "(...) new entrants (or existing firms seeking to introduce a new brand or expand into a new region) generally need the assistance of competent dealers in launching a product. But attracting such dealers may be difficult if dealers fear that their market development investments would be unprofitable. Without RPM, later-appointed dealers, who have incurred no market development costs, would be able to undercut the pioneer dealers' prices making it difficult for the pioneer dealers to reap the benefits of their efforts."

dupla marginalização⁶⁷. O caso mais simples é o de dois monopólios entre um fabricante e um retalhista. Estas externalidades pecuniárias verticais resultam do facto de baixas quantidades estarem associadas a preços elevados⁶⁸. A RPM pode ajudar a resolver o problema da dupla marginalização uma vez que o fabricante pode definir o preço final na revenda por via de um acordo RPM. Na grande maioria dos casos os produtos com margens de lucro baixas para os retalhistas são produtos líderes ou muito conhecidos e bastante publicitados. Como estes produtos atraem muitos mais consumidores, os retalhistas são mais propensos a reduzir os preços desses produtos para gerar fluxos e vendas. Este fenómeno é designado de "Steiner Dual Stage Thinking"⁶⁹ e definido por Grimes da seguinte forma, se a imagem de marca é forte, o fabricante vai vender a uma maior margem bruta, ao invés dos retalhistas que irão vender a uma margem mais baixa. Por sua vez se a imagem de marca é fraca, o fabricante vai acabar por vender o produto com uma margem bruta mais baixa e concomitantemente o retalhista venderá com uma margem mais elevada⁷⁰. Assim, sem a RPM, tais práticas de dupla marginalização implementadas pelos retalhistas provavelmente aumentam os preços para marcas bem conhecidas ou fortes nos mercados. Essa eficiência somente ocorre na delimitação do preço máximo de revenda, conforme explicam Valentine Korah e Denis O'Sullivan⁷¹.

⁶⁷ Neste sentido P. Rey e T. Vergé, *Economics of Vertical Restraints*, op. cit., p. 360: "Double marginalization has been the first coordination problem formally analyzed (...) It refers to situations where both the producer and the retailer enjoy some market power. In such situations they both add a markup to their costs, thereby leading to excessive prices (...) For instance, when setting the final price, the retailer trades an increase in its margin against a decrease in the quantity sold, but does not take into account the reduction in the producer's profit due to the decrease in the quantity."

⁶⁸ Andrés Font-Galarza, Frank P. Maier-Rigaud e Pablo Figueroa, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective*, op. cit., p. 5.

⁶⁹ Surinder Tikoo e Bruce Mather, *The changed legality of resale price maintenance and pricing implications*, ob. cit., p.541.

⁷⁰ S.W. Grimes, *Resale Price Maintenance: A competitive assessment*, Federal Trade Commission Workshop on Resale Price Maintenance, February 19, 2009, Panel on Anticompetitive Effects, p. 2, nota de rodapé n.º 2: "If the brand image is strong, the manufacturer will sell at a high gross margin; the retailer at a low margin. If the brand image is weak, the manufacturer will sell at a low gross margin; the retailer at a high margin."

⁷¹ Valentine Korah e Denis O'Sullivan, *Distribution Agreements under EC Competition Rules*, Hart Publishing, June 20, 2002, p. 174: "Maximum RPM may prevent double marginalization (...) Recommendations as to price are hard core only if they amount to fixed or minimum nonprices as a result of pressure from or incentives offered by any of the parties."

2.1.6. As Explicações não associadas ao parasitismo

Os economistas têm desenvolvido algumas justificações não associadas ao parasitismo para os acordos RPM, sendo as três teorias mais conhecidas as seguintes⁷²: (i) a RPM como um mecanismo de execução do contrato, se os fabricantes podem enfrentar dificuldades de aplicação dos contratos com os revendedores especificando um determinado nível exigido de serviços; (ii) a RPM como um meio de fornecer incentivos para revendedores para manterem em inventário um produto quando a procura do consumidor é incerta⁷³ e (iii) a RPM como um mecanismo de correção para a tendência dos retalhistas para a concorrência de preços.

2.1.6.1. O problema do cumprimento do Contrato. A RPM como um mecanismo de execução de contratos

Nem todos os serviços que um fabricante gostaria que o retalhista oferecesse podem ser especificados contratualmente sendo que a RPM pode ser usada como um instrumento para induzir o retalhista a prestar esses serviços. A RPM garante margens aos retalhistas mais elevadas e a ameaça de suspender as vendas pode ser suficiente para incentivar os retalhistas a fornecer serviços não especificados no contrato, desde que estes possam ser monitorizados⁷⁴. Mais uma vez, no entanto, os efeitos de bem-estar são ambíguos e vai depender da forma exata da curva da procura. Esta hipótese oferecida por *Klein e Murphy* estabelece que é difícil para os fabricantes fazerem cumprir os contratos com revendedores especificando os serviços necessários. A RPM é pois adotada para fornecer rendas

⁷² Vide Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: some lessons from the ongoing international debates*, *op. cit.*, p. 19.

⁷³ Neste sentido vide Surinder Tikoo e Bruce Mather, *The changed legality of resale price maintenance and pricing implications*, *ob. cit.*, p. 418: "An additional pro-competitive explanation for RPM, beyond the *free-rider* argument, relates to ordering of inventories. Often, retailers order inventories of a manufacturer's product when demand is not known with certainty. Eventually, when demand does become known, retailers will adjust prices to clear out merchandise. In periods of low demand, prices can potentially fall to very low levels (...). In such cases, RPM establishes a price floor and will assure retailers a sufficient margin to offset losses should demand be overestimated, and encourage them to purchase large enough quantities should demand be underestimated. The pro-competitive argument is that manufacturers can motivate retailers to carry sufficient inventory, which contributes to maximizing consumer welfare."

⁷⁴ Vide Benjamin Klein e Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints As Contract Enforcement Mechanisms, services are supplied*, *Journal of Law and Economics*, 1988, pp. 265-266: "The standard economic analysis of how vertical restraints operate to induce desired retailer behavior has remained essentially unchanged, however(...)Resale price maintenance increases this direct return by increasing the retail margin, creating an incentive for individual retailers to engage in *nonprice competition* and to supply the desired services."

de monopólio aos retalhistas com vista a induzir um determinado desempenho por parte do retalhista relativamente às suas obrigações implícitas ou explícitas. A ameaça de perder esses futuros lucros excessivos por incumprimento, incentiva os revendedores a fornecer os serviços extra esperados. Nesta teoria encontra-se implícita a noção de que a ameaça de rescisão não pode ser um motivo suficiente se os retalhistas só estão a obter lucros normais. *Klein e Murphy* sugerem ainda que a teoria é particularmente aplicável em situações em que os consumidores não podem verificar a qualidade dos produtos até depois da compra e não podem corretamente assacar culpas e responsabilidades após aquisição mesmo que os produtos apresentam falhas na qualidade. No entendimento de *Marina Lao*⁷⁵, no que diz respeito à teoria de cumprimento de contratos, mesmo aceitando a teoria de *Klein e Murphy*⁷⁶ de que o aumento das rendas auferidas pelos retalhistas é benéfica, existem outras alternativas menos restritivas que podem ser utilizadas, tais como o pagamento de um montante fixo e periódico que proporcionem um incentivo para os retalhistas fornecerem os serviços necessários, mas não iriam sufocar os retalhistas inovadores ou retalhistas eficientes que conseguem passar os resultados e benefícios das suas economias de custos para os consumidores.

2.1.6.2. A RPM como incentivo para aumentar o inventário quando a procura é incerta.

A RPM pode induzir a um inventário mais apropriado por parte dos retalhistas. Se um pedido for recusado, o valor dos *stocks* dos retalhistas diminuiria forçando os retalhistas a venderem os seus *stocks* a preços mais baixos. Como resultado, os retalhistas irão ter ineficientemente *stocks* baixos. A política RPM eliminaria uma desvalorização de *stocks*, o que permitiria aos retalhistas manterem níveis eficientes de stock beneficiando deste modo o fabricante e, sob certas circunstâncias, também os consumidores. Um exemplo de uma alternativa à política RPM que poderia resolver este problema são condições de retorno

⁷⁵ Marina Lao, *Resale price maintenance: a reassessment of its competitive harms and benefits*, op. cit., p. 29.

⁷⁶ Importa salientar que Benjamin Klein e Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints As Contract Enforcement Mechanisms, services are supplied*, op. cit., p. 267 referem que: "Manufacturers are assumed to induce desired dealer services through a private enforcement mechanism by which active manufacturer monitoring and the threat of manufacturer termination assures dealer performance. Within this framework, the manufacturer uses vertical restraints to decrease the short-run gain to nonperforming dealers (by limiting their ability to expand output) and to increase the long-run gain to performing dealers (by creating a quasi-rent stream)."

semelhantes às utilizadas, por exemplo, na indústria de jornais e revistas⁷⁷ mas os defensores desta teoria dizem que as políticas de devolução são muito caras para administrar. Neste caso específico, a RPM melhora o bem-estar, pois fornece um incentivo para os retalhistas armazenarem mais produtos, aumentando assim o seu *stock* quando a procura dos consumidores é incerta. A RPM assegura aos retalhistas que se a procura está mais baixa do que o limite espectável, eles não serão forçados a vender o seu excesso de *stock*, deixando de ter um valor significativo os preços de liquidação ou saldo. Um acordo RPM induz os retalhistas a terem em *stock* em quantidades suficientes de produtos para cobrir a procura quando ela está mais elevada. Neste sentido, se a procura cai exponencialmente abaixo de um determinado nível, os retalhistas teriam enormes incentivos para vender o excesso de inventário traindo o acordo RPM, ou por se envolverem em diversas formas de concorrência não suportadas nos preços como, por exemplo, a oferta de brindes em produtos e serviços relacionados. Numa perspetiva crítica, enquanto as teorias não associadas ao *free-rider* podem mostrar que a RPM é eficaz em particular para o fabricante, elas não conseguem demonstrar satisfatoriamente que a RPM é socialmente eficiente. Isso é mais evidente na teoria do inventário de *Deneckere*⁷⁸. Na verdade, a RPM é, provavelmente, mais eficiente para o fabricante ou, caso contrário, não teria sido adotada.

2.1.6.3. A RPM como um mecanismo de correção para a tendência dos retalhistas para a concorrência de preços

Esta teoria, foi desenvolvida por *Ralph Winter* que afirma que a heterogeneidade dos consumidores leva a uma tendência dos retalhistas em direção à concorrência de preços que é corrigida pela RPM⁷⁹. Os consumidores, sensíveis ao preço mas pouco sensíveis ao tempo, são mais facilmente conquistados pelos baixos preços do que pelos serviços extra. Os fabricantes, no

⁷⁷ Andrés Font-Galarza e Frank P. Maier-Rigaud/Pablo Figueroa, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective*, op. cit., p. 7.

⁷⁸ Vide neste sentido R. Deneckere, H. Marvel e J. Peck, *Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition*, University of Wisconsin-Madison The Ohio State University, pp. 1-2: « The manufacturer may thus prefer to prevent unfettered retail competition, as it is “destructive” to inventory holdings and to expected sales (...) Consumers as well as manufacturers may prefer resale price maintenance (RPM) to retail market clearing, with retailers earning zero expected profits in both cases. We consider the typical retail situation in which retailers must commit to inventories prior to the resolution of demand uncertainty. We show that the competitive scramble to sell inventories at very low prices should demand be low- as opposed to allowing the inventories to go to waste-can be destructive.»

⁷⁹ Andrés Font-Galarza, Frank P. Maier-Rigaud e Pablo Figueroa, op. cit., p. 7-8.

entanto, beneficiam da apetência dos compradores no mercado pelos preços (aqueles da margem do produto) e são indiferentes a respeito de qual o retalhista é que realiza a venda. *Winter* afirma que a realização deste objetivo exige mais serviços de redução de tempo por parte dos retalhistas. Assim, há uma incompatibilidade e desencontro nos incentivos dados pelos fabricantes aos seus retalhistas relativamente à prestação de serviços dos revendedores. A RPM iria corrigir o problema e maximizaria os lucros conjuntos do fabricante e dos retalhistas. Para além destes aspetos importa ainda referir outros casos não associados ao parasitismo em que a RPM pode ser usada.

2.1.7. Bens/mercadorias *Veblen*

Outra justificação para a RPM está fora do âmbito da clássica teoria em que a quantidade aumenta com a diminuição do preço do bem, e vice-versa. O exemplo mais famoso da lei da procura é um bem/mercadoria *Giffen*⁸⁰. No contexto da RPM é, no entanto, menos conhecida a categoria de produtos *Veblen*⁸¹. Os bens/mercadorias típicos de *Veblen* são por exemplo cosméticos de luxo, carros de luxo, bolsas e vinhos de alta qualidade⁸². É importante distinguir entre o preço visível pago pelo bem, ou seja, o preço que os outros pensam que a pessoa paga pelo bem e que determina a utilidade visível do bem e o preço real. Como a exigência para o produto em última análise, depende da utilidade derivada, e uma vez que não é possível manter a pretensão de um alto preço bem visível quando, na verdade, o preço real foi corroído por descontos, a RPM pode ter um papel a desempenhar no contexto de bens de *Veblen*. Qualquer retalhista de mercadorias e bens de *Veblen* tem interesse em baixar o preço real com impacto sobre o preço visível que é uma parte essencial da imagem global da marca e marginal em

⁸⁰Idem, nota de rodapé 25, p. 7 “A Giffen good describes an inferior good whose demand increases with increases in price. The classical but controversial example given by Robert Giffen was the Irish potato famine in the 19th century where potatoes were considered the Giffen good. As potato prices rose, people responded by purchasing more potatoes as they were the largest *and* cheapest component in their diet. Unable to substitute for other products, people had to cut consumption of meat and vegetables so as to be able to afford a sufficient amount of potatoes. As the price of potatoes increased, demand also increased.”

⁸¹ Idem, *ibidem*, Thorstein Veblen foi o primeiro a descrever os efeitos subjacentes no seu livro: *The Theory of the Leisure Class* (1899).

⁸² Os bens de *Veblen* são bens de consumo ligados à ostentação e ao luxo, tais como obras de arte, jóias, tapeçaria e automóveis de luxo. Os Bens de *Giffen* e os Bens de *Veblen* são exceções à Lei da Procura. No caso dos Bens de *Veblen*, invariavelmente, a quantidade procurada de determinado bem ou serviço, é inversamente proporcional ao seu preço.

comparação com os ganhos que o retalhista pode ter alcançado com uma tal redução. Como isto é igualmente verdade para todos os outros retalhistas, o preço real pode ser corroído até ao custo marginal, ou seja, o preço de venda a grosso e em grandes quantidades fixado pelo fabricante no caso de um mercado competitivo. Sem a RPM, os retalhistas podem ainda usar os bens como um chamariz, fixando o preço abaixo do preço de venda a grosso. Como resultado, a pesagem dos efeitos pró e anticoncorrenciais, em particular o impacto sobre o bem-estar do consumidor, pode depender considerando se o produto é um bem/mercadoria *Veblen* ou não⁸³. Importa agora analisar a outra face da moeda, ou seja os potenciais efeitos anticoncorrenciais comumente apontados e associados aos acordos RPM.

2.2. Efeitos anticoncorrenciais da RPM

Os efeitos anticoncorrenciais da RPM e possíveis efeitos pró-concorrencias são temas de debate acalorado na literatura económica e jurídica. Quando se considera o adequado tratamento legal da RPM, existem fatores adicionais que devem entrar na equação, incluindo a frequência e magnitude de quaisquer benefícios favoráveis à concorrência⁸⁴, bem como os danos anticoncorrenciais. Além disso, alguns dos benefícios favoráveis à concorrência podem ser obtidos através de alternativas menos restritivas⁸⁵. Assim, enquanto a RPM é frequentemente motivada pelo desejo concorrencial dos fabricantes em aumentar a promoção na revenda e distribuição dos seus produtos, simultaneamente a RPM

⁸³ Barak Orbach, *The Image Theory: RPM and the Allure of High Prices*, *Antitrust Bulletin*, Arizona Legal Studies, 2010, pp. 11-12: disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1526578>; "The works of Veblen and Leibenstein revolutionized the treatment of consumer demand, inspiring scholars, businesspersons, and advertisers to think about the implications of the potential difference between the willingness to pay for a product and the product's intrinsic value. Many scholars have recognized potential legal and policy implications of the human tendency to invest in status goods, (...) Some scholars pointed out that trademark law has an undesirable effect because it allows manufacturers to take advantage of the pursuit of status (...) Nevertheless, although manufacturers have always argued that discounts harm brand image, RPM literature has largely ignored the allure of high prices as an explanation for RPM."

⁸⁴ Numa clara crítica a esta conceito vide Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 3.^a ed., St. Paul, Minn.: West Group, 1994, p. 404: "But today it seems quite clear that vertical restraints do not effectively deal with all free rider problems. Further, the free rider model fails to explain some noncollusive vertical restraints. Finally, vertical restraints used to combat free riding are not necessarily efficient."

⁸⁵ Idem, p. 543: "Thus, although manufacturers and full-service retailers could think that the presence of RPM is indispensable in today's dynamically changing markets; this in turn might reduce consumer choices and negatively affect consumer's right to choose".

também pode ter motivos anticoncorrenciais na sua génese⁸⁶. Passemos agora a analisar com maior detalhe os efeitos anticoncorrenciais da RPM comumente identificados por vários autores e no próprio acórdão *Leegin*.

2.2.1. Possibilidade de colusão e a facilitação na criação de um cartel de retalhistas ou fabricantes. A importância do poder de mercado

O uso da RPM pode facilitar a colusão ao nível dos fabricantes ou dos revendedores. No acórdão *Leegin* o ST reconheceu três potenciais motivações anticoncorrenciais para a RPM. A mais clara é descrita pelo Tribunal como a possibilidade de um cartel de retalhistas⁸⁷ que força um fabricante a aumentar a margem de retalho e impede a concorrência entre retalhistas e revendedores⁸⁸ permitindo aos retalhistas alcançar um conluio colusivo que danifica a concorrência. Nestas circunstâncias, o fabricante está a agir contra os seus interesses económicos e contra os interesses dos consumidores. Portanto, se um produtor por ele próprio é a fonte de uma política RPM, é improvável que esta política seja resultado de um cartel de retalhistas. No entanto, às vezes pode ser difícil determinar quando é que um fabricante instituiu uma política RPM, por iniciativa própria, ou quando foi forçado, contra os seus interesses económicos, pelos revendedores para instituir a mesma⁸⁹. Em muitos casos, os revendedores podem informar o fabricante da existência de retalhistas que reduzem os preços e

⁸⁶ Thomas Lambert e Michael E. Sykuta, *Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not Justify a Per Se or 'Quick Look' Approach*, op. cit., p. 4: "Use of RPM to facilitate dealer collusion is plausible only if (i) the dealer market is susceptible to collusion (...) and (ii) either the manufacture has substantial market power or RPM is common among competing manufactures. RPM is unlikely to facilitate manufacturer collusion unless (i) the manufacturer market is susceptible to collusion, and (ii) RPM is policies are used so widely within the market that they could actually assist with discouraging and revealing manufacturer cheating (...) To facilitate manufactures monopolization by creating a barrier that effectively forecloses the manufacturer's rivals from the market, the RPM must (i) guarantee a retail margin large enough to induce dealers to drop or demote brands competing with the manufacture's and (ii) apply to so many retailers that it occasions substantial foreclosure from available retail outlets."

⁸⁷ Robert L. Steiner, *The Leegin Factors-A Mixed Bag*, op. cit., p. 29 refere a este propósito que "Retailers might collude to force manufacturers to adopt RPM. The manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits."

⁸⁸ *Leegin* 551 U.S., 2007, pp. 12-13.

⁸⁹ Vide neste sentido Francine Lafontaine e Margaret Slade, *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy*, Journal of Economic Literature, 2005, p. 8: "The arguments that explain how certain types of vertical restraints can facilitate dealer cartels or monopoly power are straightforward. In particular, a manufacturer that imposes a minimum price for her product can help a dealer cartel enforce the monopoly price (...) If upstream firms have no market power, they will be indifferent to the imposition of restraints and might agree to adopt them to satisfy dealers. However, brand differentiation and the use of trademarks usually confer some market power on upstream firms."

de outros que se recusam a distribuir os produtos do fabricante no futuro, a menos que o fabricante impeça tais descontos e se comprometa a manter uma margem de revenda suficiente.

Outra utilização anticoncorrencial da RPM é descrita no caso *Leegin* envolve a facilitação de um cartel de fabricantes. Ao nível do fabricante, o uso da RPM aumenta a transparência do mercado⁹⁰, tornando assim os desvios de um equilíbrio de conluio por um fornecedor mais fáceis de detetar. A RPM pode facilitar um acordo de fixação horizontal de preços entre os fabricantes, pelo facto de reduzir o incentivo dos membros do cartel em reduzirem os seus preços grossistas de colusão e por aumentar a capacidade de detetar membros do cartel que reduzem os seus preços de revenda a grosso. A aplicação desta teoria anticoncorrencial exige que a maioria dos fabricantes na indústria utilize uma política RPM. Entretanto, o uso generalizado de uma política de manutenção de preços de revenda na indústria é uma condição necessária, porquanto o uso desta política em conluio está longe de ser uma condição suficiente. É importante reconhecer que, segundo esta teoria a RPM não é anticoncorrencial em si mesma, mas é uma prática facilitadora. Para aferir um efeito anticoncorrencial de uma política de manutenção dos preços de revenda sob esta teoria é necessário apresentar provas separadas da existência de um acordo horizontal de colusão entre os fabricantes. Sem essas provas, o uso generalizado de uma política RPM na indústria mais provavelmente significa que existe uma razão importante de eficiência associada à necessidade de utilização desta política.

Sobre esta questão importa ainda referir que *Robert Bork* combate veementemente a possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores por meio da fixação do preço de revenda, afirmando que por dois motivos esse efeito não irá ocorrer: (i) primeiro, a cartelização é mais difícil porque os produtos não são facilmente comparáveis, gerando dificuldade para a combinação de preço ou qualquer outro tipo de acordo; (ii) segundo, a delimitação do preço de revenda não

⁹⁰ Marina Lao, *Resale price maintenance: a reassessment of its competitive harms and benefits*, op. cit., pp. 18-19 refere a este propósito que: "From a theoretical perspective, a manufacturer's acquiescence can perhaps be explained by its expectation of higher wholesale prices in return for cooperation, that is, the colluding dealers would share their excess profits with the manufacturer by paying higher wholesale prices. (...) The theory of RPM as a device to facilitate a manufacturer's cartel posits that RPM removes the cartel participants' incentive to cheat on their explicit or implicit price-fixing agreement, thereby stabilizing the cartel or oligopoly pricing behaviour."

elimina por completo a vontade do distribuidor de oferecer produtos abaixo do preço estabelecido, assim como trair o cartel⁹¹. Mesmo sem uma ação concertada, como o Tribunal reconheceu no caso *Leegin*, a RPM pode ainda ser anticoncorrencial se resultar de uma imposição de um fabricante ou negociante com poder de mercado com vista à colocação dos rivais em desvantagem⁹². A adoção por um poderoso fabricante de acordos RPM por sua própria iniciativa é anticoncorrencial se incita os retalhistas a não transportar os produtos do fabricante menor, mas inovadora e com sucesso relativamente aos rivais. Um acordo RPM que resulte da pressão de um ou mais negociantes mais dominantes que atuam sozinhos também são anticoncorrenciais, uma vez que tendem a evitar a inovação e a concorrência entre retalhistas mais inovadores⁹³. Neste sentido, a política RPM constitui uma prática facilitadora para manter a colusão ao nível *upstream*⁹⁴ e *downstream*⁹⁵.

2.2.2. Proteção de rendas de monopólio a montante

A utilização da RPM como um dispositivo de compromisso para proteger rendas de monopólio a montante em que um monopolista maximiza o seu lucro com a venda do direito de distribuir a apenas um *player* a jusante. Contudo *ex post*

⁹¹ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit., p. 294 refere que: "But there is still another disadvantage to resale price maintenance as a tool of a manufacturer cartel its cost. Since the outlets will have differing costs of operation, resale price maintenance will presents serious inefficiencies. The agreement on resale prices will have to take account of the differing efficiencies of the various outlets, the differences in products, and constantly changing marketing conditions. (...) Finally, if some cases of manufacturer agreement to use resale price maintenance as a policy device for a manufacturer cartel do arise, they should not be difficult for *antitrust* enforcement agencies to detect. In fact, the presence of an industry-wide pattern of resale price maintenance should, as in the case of the dealer cartel, attract government attention and make easier the discovery of the basic manufacturer cartel."

⁹² *Leegin* 551 U.S. 2007, pp. 13-14.

⁹³ *Leegin* 551 U.S. (2007).

⁹⁴ Vide neste sentido John B. Kirkwood, *Rethinking Antitrust Policy Toward RPM*, ob. cit., p. 432: "Because of RPM's adverse impact on *interbrand* price competition, it can facilitate price collusion at either the manufacturing level or the dealer level. At the manufacturer level, RPM can enhance the effectiveness of collusion, tacit or explicit, in several ways (...) RPM is unlikely to facilitate collusion, tacit or express, at the manufacturer level unless the structure of the market is conducive to it."

⁹⁵ M. Motta, P. Rey, F Verboven, N. Vettas, *hardcore* restrictions under the *Block Exemption Regulation* on vertical agreements: an economic view, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf, p. 2: "Finally, RPM might facilitate collusion, either among upstream firms (manufacturers) or among *downstream* firms (retailers) (...) Indeed, if RPM did not exist, a supplier would find it difficult to understand whether a lower retail price of a rival product is due to a decision of the retailer to cut its profit margin, or to a decision of the rival supplier to deviate from the collusive (upstream) price."

ele tem um incentivo para quebrar esse acordo e vender a outros *players* a jusante. O efeito global é que, na ausência de um compromisso, a empresa a montante é incapaz de extrair a totalidade da rentabilidade associada ao seu poder de mercado, porquanto não se pode comprometer a não cortar os preços mais tarde noutros contratos. A RPM resolve assim este problema permitindo à empresa a montante comprometer-se com o preço de monopólio e extrair do seu monopólio uma rentabilidade completa⁹⁶. Isto também foi demonstrado em diferentes condições por autores como *O'Brien, Shaffer, Rey e Vergé*⁹⁷. Para uma análise mais completa desta questão importa chamar à colação sobre este ponto *Ittai Paldor* que refere que *Posner* acaba por concluir que embora não seja impossível que por ignorância uma empresa se envolva em práticas de exclusão, “é improvável que uma maximização do lucro de uma negociação seja utilizado exclusivamente como método para excluir um concorrente.

2.2.3. Impedir a entrada de concorrentes

A RPM pode ser utilizada como um meio para suavizar a concorrência a jusante ou impedir a entrada de concorrentes ao nível *downstream* tal como indicado no acórdão *Leegin*. As empresas a jusante podem ter um incentivo unilateral para solicitar à empresa a montante para implementar uma política RPM como um meio para suavizar a concorrência entre elas⁹⁸. Neste sentido,

⁹⁶ Vide neste sentido Ittai Paldor, *RPM as a exclusionary practice*, *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, No. 2, Summer 2010, pp. 209-347, p. 318: “The important distinction between retailers and other *downstream* buyers is that retailers’ only interest in the product is their retail profit margin. In Posner’s setting, any dollar of profit the monopoly ultimately accrues is a dollar less in the pockets of its customers, which makes it impossible to reach a mutually beneficial agreement to preserve the monopoly. But retailers, whose only interest in the product is their share of the rents associated with selling the product to consumers, can be made better off even though and actually because end consumers are exploited. The upshot of this analysis is that, contrary to intuition, there is scope for a mutually beneficial agreement between an upstream firm and *downstream* firms to sustain an upstream monopoly.”

⁹⁷ P. Rey e T. Verge, *Bilateral Control with Vertical Contracts*, *Rand Journal of Economics*, 2004, 35, pp. 728-46: Note that price ceilings can also solve this commitment problem. Vide também G., Shaffer, *Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices*, *Rand Journal of Economics*, 1991, 22, 120-136, *apud* Matthew Bennett, Amelia Fletcher, Emanuele Giovannetti e David Stallibrass, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, Munich Personal RePEc Archive, Janeiro de 2010, p. 23

⁹⁸ Ittai Paldor, *RPM as an exclusionary practice*, *op. cit.*, pp. 320-321: “The need for retail-level foreclosure as a means of forestalling upstream competition may seem less evident when there are barriers to entry at the upstream level. If this is the case, the manufacturer seems to have no reason to share rents with retailers.(...) It is of course true that the importance of *downstream* foreclosure diminishes as barriers to entry at the upstream level increase. But first, the opposite is also true; that is, the lower the barriers to entry at the manufacturing level, the greater the importance of *downstream* foreclosure. More importantly, however, retail-level foreclosure is an important

genericamente, uma política RPM pode beneficiar empresas a jusante, tornando mais difícil a redução de preços para novos operadores que entram no mercado e pretendem roubar o negócio através de redução nos preços. Estes operadores ainda podem obter lucros adicionais através de uma maior eficiência, mas eles não podem usar essas eficiências para roubar negócio através de preços mais baixos. Esta teoria estabelece a possibilidade de usar a política RPM como um meio de diminuir a concorrência do sistema e redes RPM interligadas. O exemplo mais simples seria um mercado onde há um duopólio de fabricantes ao nível *upstream* e um duopólio de retalhistas a jusante e ambos os retalhistas transportam produtos de ambos os fabricantes, uma situação definida como dupla agência comum⁹⁹. Num quadro de negociação, a RPM pode reduzir os incentivos dos retalhistas/revendedores para negociarem sobre os preços na venda a grosso, impedindo a redução de preços a jusante e o *undercutting*.

2.2.4. Aumento dos preços para o consumidor

No caso particular dos EUA, o aumento dos preços praticados aos consumidores¹⁰⁰, surge como o mais imediato e direto dos efeitos nocivos da RPM, o que resulta do facto de que os distribuidores são impedidos de baixar os seus preços de venda de uma determinada marca. Estudos empíricos sobre o efeito da RPM nos EUA antes de 1975¹⁰¹, aquando do *Miller-Tydings Act*, permitiu aos Estados experimentarem a RPM. Em consequência, descobriu-se que os preços nos Estados que haviam decretado o comércio justo foram entre 19 e 27 por cento maiores do que nos estados onde a RPM era ilegal, e que o comércio justo impunha custos sobre os consumidores de vários bilhões de dólares por ano. Da mesma forma, numa investigação envolvendo o uso por empresas de música de preços mínimos para discos compactos, a FTC estimou que os esforços das empresas de música para apoiarem os preços de revenda custam aos consumidores uma

supplement to upstream barriers, even when these are not negligible. Barriers to entry at the retail level need not be any higher than barriers to entry at the manufacturing level.”

⁹⁹ Matthew Bennett *et. al.*, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ John B. Kirkwood, *Rethinking Antitrust Policy Toward RPM*, *op. cit.*, p. 432: “In most of the following settings, however, all of which have anticompetitive effects, RPM would increase the profits of manufacturers or dealers but reduce the welfare of consumers.”

¹⁰¹ Vide Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: some lessons from the ongoing international debates*, *op. cit.*, p. 12.

fortuna¹⁰². Mesmo as teorias geralmente favoráveis à concorrência dependem de preços de revenda mais elevados como um mecanismo de geração de outro benefício para o consumidor. Várias explicações anticoncorrenciais têm sido avançadas para os preços mais elevados decorrentes de uma política RPM, mesmo sem evidências de cartelização ao nível do fabricante ou do revendedor. Por exemplo, um fabricante pode usar a RPM para baixar a pressão descendente sobre a sua margem¹⁰³ uma questão discutida pelo professor Rey¹⁰⁴. Limitar a concorrência no âmbito da mesma marca, principalmente em marcas populares, tem como consequência preços mais elevados, não só para a própria marca, mas também para as marcas concorrentes vendidas por retalhistas multimarcas. Além disso, o uso da RPM em mercados com uma forte diferenciação de marcas pode prejudicar os consumidores ao permitir que os fabricantes e retalhistas maximizem os lucros em conjunto. Ou seja, uma marca forte com grande aceitação poderá isolar uma marca da concorrência, dando ao fabricante algum poder para aumentar os preços, mesmo num mercado relativamente competitivo¹⁰⁵. Conforme identificado pelo ST no caso *Leegin* e tal como referido por ¹⁰⁶ Barak Orbach¹⁰⁷, existem determinadas razões que explicam porque motivo a RPM, como uma

¹⁰² Vide Gregory T. Gundlach, *Resale Price Maintenance After Leegin: Topics and Questions for Research*, op. cit. p. 10: "An important anticompetitive explanation of RPM is that absent evidence it promotes *interbrand* competition, RPM suppresses *intra*brand competition and results in higher retail prices. With few exceptions, both the procompetitive and anticompetitive explanations for RPM include higher prices in their descriptions of its competitive effects. Prior empirical research provides evidence that RPM has resulted in higher prices. An exception is that RPM may not result in higher prices where a manufacturer implements it through reducing its wholesale prices rather than by raising its retail prices."

¹⁰³ Orientações relativas às restrições verticais, para. 224, estabelecem que esta situação pode ocorrer quando "a imposição dos preços de revenda pode reduzir a pressão exercida sobre a margem do fabricante, em especial quando este tem um problema de compromisso, ou seja quando tem interesse em baixar o preço cobrado aos distribuidores subsequentes. Numa situação deste tipo, o fornecedor pode preferir aceitar a imposição dos preços de revenda, a fim de o ajudar a assumir um compromisso no sentido de não baixar os preços para os distribuidores subsequentes, reduzindo assim a pressão sobre a sua própria margem."

¹⁰⁴ Vide Patrick Rey, *Vertical restraints-An Economic Perspective*, Revised draft report, 2012, disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Vertical-restraints.pdf>, pp. 27-29: "This reasoning shows that RPM can eliminate all competition, both upstream and downstream: eliminating *intra*brand competition among the retailers allows the manufacturers to use them as "common agents" to alleviate *interbrand* competition."

¹⁰⁵ Barak Orbach, *The Image Theory: RPM and the Allure of High Prices*, *Antitrust Bulletin*, op. cit., pp. 16-18.

¹⁰⁶ Vide Acórdão *Leegin*, 551 U.S. (2007), p. 17: "Many decisions a manufacturer makes and carries out through concerted action can lead to higher prices. A manufacturer might, for example, contract with different suppliers to obtain better inputs that improve product quality. Or it might hire an advertising agency to promote awareness of its goods. Yet no one would think these actions violate the *Sherman Act* because they lead to higher prices."

¹⁰⁷ Barak Orbach, *The Image Theory: RPM and the Allure of High Prices*, ob. cit., pp. 18-19.

estratégia de *marketing* que se concentra em preços elevados, não deve ser considerada como anticoncorrencial sob a lei *antitrust* e está diretamente relacionada com o “status” de um produto que oferece alguma utilidade a certos consumidores a sua legalidade é inquestionável.

2.2.5. Redução da Inovação e Eficiência

Além de preços mais elevados, a RPM pode impedir a inovação ao nível da distribuição. A concorrência intramarca fornece novos participantes que entram no mercado com ferramentas competitivas robustas, designadamente com a capacidade de realizar descontos, situação esta que é muito apreciada e atrativa para os clientes¹⁰⁸. Nos EUA, esta capacidade resultou numa sucessão de retalhistas inovadores e emergentes com novos formatos de vendas que os consumidores adotaram. Essas inovações de retalho incluem lojas segmentadas com uma panóplia de produtos e ofertas, por exemplo a *Macys*, cadeias de lojas (por exemplo, *Walgreen*), supermercados de serviços (por exemplo, *Safeway*) e, mais recentemente, vendas em massa, descontos de mercadoria tais como *Wal-Mart*, lojas especializadas, como a *Home Depot*, armazém de lojas *big box*, como a *Best Buy* e *Costco*, e por último lojas ou formas de aquisição de produtos *online*, tais como *Amazon.com*¹⁰⁹. No entanto, ao eliminar a concorrência de preços entre as diferentes distribuidoras, a RPM pode dissuadir retalhistas mais eficientes de entrarem no mercado, ou dificultar a entrada e expansão de novos retalhistas, bem como reduções de preços ou outros formatos com base em baixos preços ¹¹⁰.

2.2.6. Abrandamento da concorrência

Para além da facilitação dos cartéis, a RPM pode, de igual modo, suavizar a concorrência ao nível dos fabricantes ou dos revendedores, ou ambos, especialmente quando os fabricantes utilizam os mesmos distribuidores para distribuírem os seus produtos. Num quadro de negociação, a RPM pode reduzir os

¹⁰⁸ Idem, p. 17: «A third line of conspiracy theories warns that powerful retailers may unilaterally squeeze RPM from manufacturers to forestall innovation in distribution channels or simply to protect profits.(...)In their treatise, Phillip Areeda and Herbert Hovenkamp argue that “manufacturers have often restrained *intra*brand competition (...) through resale price maintenance(...) to appease dealer interests in excess profits or the quiet life.” They dismiss the argument that dealer power is rare in reality and assert that the exercise of dealer power to coerce manufacturers to endorse RPM policies explains many observed RPM practices.»

¹⁰⁹ Vide Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: some lessons from the ongoing international debates*, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰ Orientações relativas às restrições verticais, para. 224.

incentivos dos retalhistas/revendedores de negociarem sobre os preços na venda a grosso, impedindo a redução de preços a jusante e o *undercutting*¹¹¹¹¹². Por sua vez, a montante, uma política RPM amortece a concorrência e cria preços de retalho e revenda mais elevadas, em detrimento dos consumidores. Uma política RPM pode potencialmente eliminar toda a concorrência efectiva - no nível *interbrand*, bem como ao nível da concorrência *intra-brand* - em vez do resultado de monopólio. Como discutido pelo professor Rey¹¹³, estudos mostram como a RPM pode suavizar a concorrência quando dois (ou mais) fornecedores vendem os seus produtos a dois (ou mais) retalhistas, uma situação que poderia ser denominada de "relação de bloqueio". Alguns estudos empíricos parecem corroborar este modelo teórico.

SUB-CAPÍTULO II – Necessidade de criação de padrões de segurança jurídica.

A diferença entre os EUA e a Europa. A ilegalidade *per se* versus a restrição por objeto

1. Necessidade de criação de padrões de segurança jurídica. A diferença entre os EUA e a Europa

Sobre este tema envolto em controvérsia e que tem alimentado acesas discussões entre os autores que se têm dedicado à sua análise em ambos os lados do Atlântico, tem vindo a ser cada vez mais premente a necessidade da criação de determinados padrões de análise que permitam alguma segurança jurídica para colocar certos tipos de acordos e práticas dentro de determinadas caixas eliminando a necessidade de se realizar uma análise caso a caso dos efeitos nocivos de tais práticas. A figura infra e na sequência do já atrás aludido no anterior ponto

¹¹¹ Vide Patrick Rey, *Vertical restraints – An Economic Perspective*, *ob. cit.*, p. 35: “The reason is that, starting from an exclusionary situation, any distributor could achieve the required scale by dealing with the more efficient entrant and undercutting the other distributors; as a result, it is more difficult to compensate a deviant buyer who wants to turn to the more efficient entrant”.

¹¹²No próprio acórdão *Leegin*, 551 U.S. (2007), p. 12 se estabelece que: “An unlawful cartel will seek to discover if some manufacturers are undercutting the cartel’s fixed prices. Resale price maintenance could assist the cartel in identifying price-cutting manufacturers who benefit from the lower prices they offer.”

¹¹³ Patrick Rey, *Vertical restraints – An Economic Perspective*, *op. cit.*, p.43.

1.1., apresenta algumas das "caixas" mais comuns que têm sido utilizados e que parte de uma noção de, definitivamente ilegal para, definitivamente legal¹¹⁴:

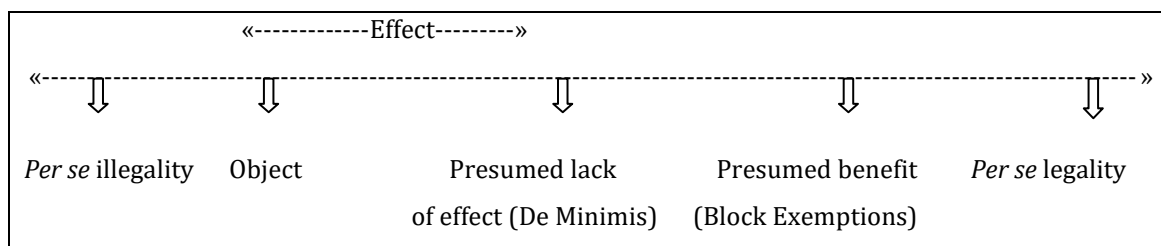


Figura 1: Caixa para a definição da RPM

No lado esquerdo do quadro temos a ilegalidade *per se* que é usada nos EUA, mas não na UE. Um acordo que cai na ilegalidade *per se* é definitivamente ilegal, não existindo possibilidade de ilidir a presunção de danos anticoncorrenciais, nem existindo qualquer possibilidade de mostrar que o acordo tem benefícios de eficiência que podem contrabalançar os danos anti-concorrênciais. A fixação de preços é o caso clássico de acordos considerados como ilegais *per se*. O caso *Leegin* baseava-se essencialmente sobre saber se uma política RPM, que tinha sido historicamente condenada e catalogada como ilegal *per se*, deveria ser resgatada deste paradigma e passar a ser escrutinada ao abrigo de uma *rule of reason*. Ao invés da catalogação efetuada nos EUA, na UE a distinção é feita entre infrações ao nível do "objeto" e do "efeito" em que práticas que são anticoncorrenciais por via do objeto, presumem-se anticoncorrenciais. Para estes casos, as autoridades da concorrência não são obrigadas a fornecer quaisquer evidências sobre os prováveis danos anticoncorrenciais sendo suficiente demonstrar que a prática cai na caixa do "objeto" e, portanto, é ilegal. No entanto, a caixa do "objeto" na UE difere da caixa dos EUA da ilegalidade *per se* de duas formas, pelo menos teoricamente¹¹⁵. Em primeiro lugar, a presunção de dano anticoncorrencial é, ao mesmo tempo forte, no entanto, em teoria refutável, se existirem provas convincentes e suficientes de que não se pretendia que o acordo tivesse um efeito anticoncorrencial.

Em segundo lugar, uma infração ao nível do objeto ainda pode, em teoria, ser isenta da aplicação do disposto no art. 101.º, n.º 1 do TFUE se se cumprem com

¹¹⁴ Matthew Bennett *et. al.*, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, Munich Personal RePEc Archive, Janeiro de 2010, p. 8.

¹¹⁵ Matthew Bennett *et. al.*, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, *op. cit.*, p. 9.

todas as condições previstas no art. 101.º, n.º 3 do TFUE¹¹⁶. Na realidade, a caixa do "objeto" no quadro *supra* difere da caixa da ilegalidade *per se* na medida em que as autoridades da concorrência e os tribunais estão abertos a aceitar uma contra-argumentação relativamente à aplicação do art. 101.º, n.º 1 do TFUE por via da utilização dos argumentos de eficiência económica sob a égide do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Caso estes argumentos não fossem tidos em consideração então, muito provavelmente, existiriam, na prática, poucas diferenças entre a abordagem destas questões nos EUA e na UE. Na outra extremidade do quadro, existem uma variedade de caixas ao abrigo das quais um acordo ou prática podem ser julgados, como provavelmente legais¹¹⁷. Algumas práticas são simplesmente legais *per se*, no âmbito de uma análise com base na fraca probabilidade dos "efeitos" ou do "objeto" de serem anticoncorrenciais. Existem ainda alguns acordos e práticas cujas probabilidades de afetarem sensivelmente a concorrência são tão baixas que são classificados na caixa conforme quadro *supra* como "falta presumida de efeitos anticoncorrenciais". Importa de igual modo referir que na UE a doutrina *de Minimis* é um bom exemplo disto¹¹⁸.

Da mesma forma, em especial, para determinados tipos de acordos no limiar da *quota* de mercado, pode-se presumir que, mesmo que haja danos anticoncorrenciais, isso é contrabalançado por benefícios de eficiência. Estas várias caixas têm claramente o potencial de fornecer um bom grau de segurança jurídica. A caixa apropriada, para analisar os efeitos concorrenciais de um acordo RPM dependerá da análise do grau de probabilidade desse mesmo acordo de poder ser considerados ilegais após uma análise cuidada dos seus efeitos. No cômputo geral, a maioria dos autores apoiam a classificação na Europa da política RPM dentro da caixa do "objeto". No entanto, parecem existir algumas reservas em que, em nome da segurança jurídica, se colocam alguns acordos e práticas RPM numa caixa de "ilegalidade presumida" mesmo quando não restrinjam a concorrência ou, se o

¹¹⁶ Se o acordo cria benefícios de eficiência, sendo que uma parte equitativa desses benefícios passariam para os consumidores, as restrições são indispensáveis, e não haveria eliminação da concorrência.

¹¹⁷ Edward D. Cavanagh, *The Rule of Reason Re-Examined*, *op. cit.*, pp. 444- 445, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2146784>, sobre os benefícios da *per se rule* este autor identifica os seguintes: "1. Clarity (...) 2 Predictability (...) 3. Administrability (...) 4. Efficiency (...)."

¹¹⁸ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do art. 81.º, do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de *minimis*), JOCE, C 368/, 22.12.2001, conforme parágrafo 7, parte II.

fizerem possam, contudo, ser justificadas por benefícios de eficiência que eles comportam¹¹⁹.

2. As áreas cinzentas da RPM. A ilegalidade *per se* e as restrições por "objeto"

A primeira questão facilmente, observável a partir deste exemplo, é que a ilegalidade *per se* e a restrição por “objeto” são duas categorias distintas e não podem ser confundidas. De igual modo, a ilegalidade *per se* e a proibição por “efeito” não cabem dentro da mesma categoria. Não obstante, existem autores que acreditam que essas diferenças são mais teóricas do que reais¹²⁰. De qualquer modo, a distinção entre a “ilegalidade *per se*” e a restrição por “objeto” deve ser mantida viva, porquanto, continua a existir uma forte presunção de que a política RPM pode causar graves prejuízos para a concorrência, designadamente quando através desta se pretendem estabelecer preços mínimos e fixos¹²¹ sem uma justificação aceitável em termos de concorrência. Na UE, no entanto, caso não sejam apresentadas evidências convincentes mostrando que não era expectável que o acordo tivesse efeitos anticoncorrenciais então, ele poderia, pelo menos, em teoria, ser refutável se a RPM cumprir todos os critérios estabelecidos nos termos do art.101.º, n.º 3 do TFUE¹²². Em consequência, na UE a RPM, na sua vertente de fixação de preços e preços mínimos, encontra-se assim na caixa do “objeto” com uma forte suspeita contra ela devido aos graves sinais de efeitos anticoncorrenciais. No entanto, isto não pode corresponder a uma condenação automática destas práticas. Antes do acórdão *Leegin* nos EUA a RPM, apesar dos seus efeitos pró-concorrenciais, estava, assim, na colónia dos leprosos, ou seja, na caixa da ilegalidade *per se*. Esta foi, sem dúvida, uma das razões principais para a necessidade imediata de mover a RPM para uma caixa diferente.

¹¹⁹ Matthew Bennett *et. Al.*, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁰ Alison Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?*, *op. cit.*, p. 501, refere o seguinte: “In a similar way to the US courts have done in applying *per se* rules, the EU authorities have, therefore, applied a bright line test, finding that some restraints (including RPM) have such a “pernicious” effect that they, of themselves, restrict competition. Unlike the position in the US, however, agreements having as their object, or nature, the restriction of competition in the EU can escape prohibition if (i) the restriction of competition is “insignificant” or of minor importance; and/or (ii) where the agreement satisfies the conditions of Article 81(3). These differences appear, however, to be rather more theoretical than real.”

¹²¹ Neste sentido, conforme estatuído no Regulamento.º 330/2010, a fixação de preços e a fixação de preços mínimos é considerada uma prática *hardcore*.

¹²² Vide Matthew Bennett *et. al.*, *ob. cit.*, p.9.

3. A distinção entre "objeto" e "efeito" para a análise dos acordos RPM

Na Europa a distinção relativamente às restrições da concorrência é efetuada entre “objeto” e “efeito”, existindo duas escolas de pensamento. Em primeiro lugar, os autores que acreditam que a RPM deve permanecer na caixa do “objeto” e, em segundo lugar, os autores que acreditam que ela deve passar para a caixa do “efeito”. Por exemplo, *Andreas P. Reindl*¹²³ acredita que as autoridades da concorrência na UE perderam uma oportunidade importante ao reverem as restrições verticais em 2010 no sentido de desenvolverem uma abordagem que tivesse em consideração as questões económicas associadas à RPM. Assim, a RPM deve ser transferida para uma abordagem baseada no “efeito” onde cada caso será avaliado pelos seus méritos. Este autor propõe colocar a RPM na categoria do art. 5º do Regulamento 330/2010 das restrições o que seria um forte sinal de que a RPM deveria ser vista como “neutra” em vez de ser considerada como uma restrição *hardcore* e, deste modo, não ser prontamente condenado à partida como anticoncorrencial.

Neste sentido, alguns autores, tal como *Nilolaos Verras* acreditam que a isenção das restrições graves e a aplicação de uma análise baseada nos “efeitos”, conduzirá a um tratamento mais justo e equilibrado desta política. Pelo contrário, do ponto de vista de *Van Doorn*¹²⁴, não obstante serem sobejamente conhecidos os efeitos pró-concorrenciais da RPM, ainda assim, esta prática deverá ser tratada como uma restrição grave. A razão para tal assenta no facto de que, em parte, isto irá aumentar exponencialmente os custos regulatórios tal como mencionado pelo próprio juiz *Breyer*. Contrariamente, nos EUA não há necessidade de mudança porque a presunção de ilegalidade da RPM, embora forte, ainda pode ser ilidida se o efeito da RPM no mercado não é apreciável.

¹²³ Vide Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, Fordham International Law Journal, vol. 33, Issue 4, article 5, 2011, p. 21: “Given the rich discussion on RPM in Europe since *Leegin*, it is disappointing that the Commission, the institution with the principal responsibility for developing competition policy, has decided to play it safe and maintain the existing legal framework for RPM with only marginal changes that will have little, if any, practical effect. The Commission’s justifications for the categorization of RPM as a “hardcore” violation, found in the new *guidelines*, do not meet the requirements in an economics-based competition regime identified above. The *guidelines* offer only a short list of scenarios in which RPM can have harmful effects.”

¹²⁴ Frederik Van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The need for a standardized approach*, November 6, 2009, p. 5, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1501070> refere que: “(...) agreements that fall within Article 81(1) EC have either as their object or as their effect the restriction of competition. Restrictions that have as their object the restriction of competition are considered to be *hardcore* restriction.”

4. A garantia de que a presunção de ilegalidade é verdadeiramente refutável

Em consequência do atrás referido, seria necessário aumentar o fosso entre a caixa da UE do "objeto" e a caixa da "ilegalidade *per se*" dos EUA. Neste medida, existe a possibilidade de as partes refutarem a presunção de ilegalidade, ou porque não existe qualquer restrição da concorrência (ou seja, nenhuma violação nos termos do art. 101.º, n.º 1 do TFUE) ou porque os efeitos negativos são compensados pelos benefícios económicos nos termos do art. 101.º, n.º 3. A fim de facilitar a contraprova, também se deve argumentar que deveria ser a autoridade da Concorrência a estabelecer uma ou mais "teorias do dano". Estes não precisam de ser provados - esta mudança não deve ser vista como uma mudança para a caixa dos "efeitos" de forma camuflada, mas apenas plausível. Ou seja, qualquer análise deveria passar a ser consistente com os factos, incluindo as circunstâncias do mercado em que a política de RPM tenha sido aplicada. Muitos economistas concordam numa abordagem de que a política RPM está ligeiramente mais perto do lado esquerdo da figura acima do que do lado direito¹²⁵. Importa ainda sublinhar que a maioria dos economistas concorda ainda que a posição exata de uma política RPM irá depender da situação do mercado¹²⁶.

5. A RPM e a importância do Ónus da Prova

Em termos de prova, pode-se afirmar que o ónus final de persuasão¹²⁷ encontra-se sempre com o autor¹²⁸, não importando qual a abordagem escolhida para avaliar a RPM porque é o autor quem inicia o processo. Só se o requerente for

¹²⁵ Vide P. Rey e T. Vergé, *Economics of Vertical Restraints*, op. cit., p. 384: "The first lesson that can be drawn from the preceding analysis is that no simple conclusion can be derived on whether any particular type of vertical restraint is pro or anticompetitive. Both price (e.g., resale price maintenance) and nonprice restraints (e.g., exclusive dealing or territories), can either increase or decrease economic welfare."

¹²⁶ Idem, p. 385: "If the impact on the aggregate profits of the vertical structure is positive, the impact on economic welfare or consumer surplus is not always so clear-cut. For example, provisions that eliminate double marginalization will reduce the retail price."

¹²⁷ Neste sentido Gregory J. Werden, *Antitrust's Rule Of Reason: Only Competition Matters*, 2013, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2227097>, p. 38: "I outline a burden-shifting approach to the *rule of reason* after establishing a foundation. (...) To assure that the *rule of reason* is applied efficiently, I examine how litigation burdens should be allocated and calibrated. And to assure that that the *rule of reason* is applied rationally, I outline the proper role of economics."

¹²⁸ Idem, p. 43 "The plaintiff's initial burden is much greater for restraints that do not fit into any of the foregoing categories, i.e., for non-suspect restraints. (...) Consequently, a plaintiff challenging a vertical restraint typically should be required to make a detailed and convincing showing of injury to the competitive process to carry its initial burden."

bem-sucedido é que será o tribunal a proferir uma decisão em seu favor dando a ordem judicial adequada¹²⁹. A abordagem via a análise em paralelo da regra de ilegalidade *per se* ao lado de uma regra não estruturada da *rule of reason* para determinar se uma norma estruturada da *rule of reason* é, de facto, uma forma de alocação adequada de encargos que permita a minimização de erros de decisão, maximizando os benefícios sociais líquidos da regulação da RPM¹³⁰. Muitos autores nos EUA e na Europa, no rescaldo do acórdão *Leegin*, analisaram e assumiram que a decisão do ST para os acordos e políticas RPM deveria passar a assentar na estruturada *rule of reason*¹³¹. A inversão do ónus da prova é de extrema importância para regular os acordos RPM de forma mais eficaz. O argumento do ST no acórdão *Leegin*, distingue os efeitos pró e anticoncorrenciais dos acordos RPM com base em se eles facilitam o parasitismo ou a entrada de novos fabricantes no mercado *upstream*. Partindo do princípio de que o ónus da prova deve ser alocado de tal maneira que a parte com a alegação menos credível deve arcar com o ónus da prova, a *per se rule* da ilegalidade não pode prever a diferenciação necessária porquanto a presunção inicial referente aos acordos de manutenção do preço mínimo de revenda, devido ao seu efeito pernicioso sobre a concorrência e falta de alguma virtude redentora, encontra o seu substrato na ilegalidade assente em efeitos anti-concorrenciais, presunção esta que não resiste a um escrutínio diferente. Em vez disso, por causa do consenso generalizado de que um acordo RPM tem uma dupla vertente de efeitos, o ónus da prova deve ser atribuída a

¹²⁹ Idem, p. 39 refere a este respeito o seguinte: «(...) Professor Phillip Areeda provided a good overview of this structure. He gleaned from the cases a burden-shifting process: The plaintiff must allege and show a restraint that threatens the competitive process. If the plaintiff does so, the defendant then has an opportunity to show that “a legitimate objective is served” by the restraint. And, if that showing is made, the plaintiff has the burden of showing either that the objective “can be achieved by a substantially less restrictive alternative” or that “the challenged behavior is, on balance, unreasonable. (...) Professors Louis Kaplow and Carl Shapiro ruefully observe that “if the *rule of reason* is legally defined in terms of competition itself—that which promotes competition is legal, that which suppresses competition is illegal, end of story—then economics cannot directly address the legal test.”»

¹³⁰ Conforme referido por Joshua D. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy Remarks*, Federal Trade Commission British Institute of International and Comparative Law London, United Kingdom, 2014, p. 7: « As Professor Areeda’s famous reference to the application of the *rule of reason* with the “twinkling of an eye” reminds us, the term “*rule of reason*” alone includes tests which vary not only in the quality of burdens of proof and production but their assignment as between the parties.»

¹³¹ Vide Adrian Kuenzler, *Presumptions as Appropriate means to regulate Resale Price Maintenance: In Defence of Structuring The Rule Of Reason*, European Competition Journal, ECJ.8.3.497, December 2012, p. 501.

ambos, ou seja, quer aos autores, quer aos réus¹³². Além disso, a dicotomia entre a *per se rule* e a *rule of reason* não permite um regime eficaz de ónus da prova. De igual modo, a *per se rule* por si só, sem impor altos custos de litígio decorrentes da *rule of reason* não parece ser uma solução totalmente eficaz. Ora, sob a alçada da *rule of reason*, deve-se determinar se a restrição desafiou ou reduziu injustificadamente a concorrência por via do preço, ou se a concorrência ficou afetada por situações não diretamente relacionadas com o preço¹³³. É neste momento que novamente os tribunais dependem de uma análise categórica como um apoio perigoso porque uma regra de "full-blown" (madura/desenvolvida) da *rule of reason* pode ter o efeito adverso de trazer contratos de manutenção de preços de revenda perto de uma categoria de legalidade¹³⁴. Na medida em que uma regra não estruturada de *rule of reason* se aplica e é adotada, surge uma forma de legalidade presuntiva no sentido de que os argumentos invocados pelo réu prevalecem a não ser que o autor ofereça uma prova de efeitos nocivos.

Em resumo, o ónus da prova deve ser administrado pela parte com a alegação mais difícil¹³⁵. Se a afirmação da autora é implausível, então é necessário fazê-la provar os argumentos apresentados. Se uma alegação da defesa parece inverossímil então, caberá ao réu apresentar as provas para apoiá-la. Se a estrutura do mercado faz com que os resultados anticoncorrenciais pareçam altamente

¹³² A este propósito vide William S. Comanor, *Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin*, The *Antitrust Bulletin*, Federal Legal Publications, Inc., vol. 55, n.º 1, 2010, p. 70 refere que: "The essential point here is that it is established law that plaintiffs must first satisfy these initial rule-of-reason burdens, anticompetitive effects and a unreasonable restraint of trade. When that task is accomplished, the burdens shifts to the defendants to offer evidence of the pro-competitive effects of their agreement. With regard to vertical restraints the defendants must demonstrate the procompetitive advantages of the restraints."

¹³³ Gregory J. Werden, *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*, *op. cit.*, p. 46 refere que: "The defendant in a rule-of-reason case, as any other, is entitled to dispute relevant factual allegations, including the existence of an agreement to adopt the alleged restraint. A defendant also can dispute the characterization of its conduct advanced by the plaintiff. Both disputes are common in litigation under Section 1 of the *Sherman Act*."

¹³⁴ Vide John B. Kirkwood, *Rethinking antitrust policy toward RPM*, *op. cit.*, p. 462: "(...) the courts cannot resolve the easy cases as quickly under the Grimes approach as undermine. When RPM is plainly unjustified because the manufacturer cannot offer any significant justification for it, the plaintiff could not establish a prima facie case-and create a presumption of illegality-under Grimes' approach without showing that the manufacturer's distribution system was open rather than closed a showing that may raise significant evidentiary issues (...) Likewise, when RPM is highly likely to be innocuous because it is employed by a new entrant, my approach would end the litigation by granting a safe harbor to the entrant. Grimes' approach would require the fact finder to determine whether the entrant had a pro-competitive justification(...)."

¹³⁵ Idem, p. 461 refere que: "Demonstrating that a manufacturer or dealer, or group of manufacturers or dealers, had market power would entail the same difficult, time-consuming, and uncertain process that the full *rule of reason* requires of most plaintiffs."

improváveis o requerente terá de provar o inverso ou, alternativamente, se a evidência estrutural vai em sentido contrário então caberá ao réu mostrar por que deveria ser exonerado. De acordo com isto, um dos fatores mais importantes para determinar a forma como o ónus da prova deve ser atribuído é através da probabilidade ou da plausibilidade¹³⁶. Favorecer a parte com a reivindicação mais plausível é lidar com o problema da mudança do ónus da prova, trazendo uma decisão o mais próximo possível para a realidade.

CAPÍTULO II – A RPM no direito da concorrência dos EUA. Acórdão *Leegin* e a mudança de paradigma na análise dos acordos RPM

1. Breve resenha histórica das Leis *Antitrust* dos EUA

1.1. O *Sherman Act*

Em 1890 o Congresso aprovou a primeira lei *antitrust* - o *Sherman Act* - que permitia e autorizava a liberdade económica preservando a livre concorrência e sem restrições, como a regra do comércio. Este foi considerado o verdadeiro fundador do moderno direito da concorrência e que esteve associado à principal figura visada no âmbito dos movimentos de cartelização os “trusts” o que conduziu à designação do direito *antitrust*¹³⁷. Aliás, conforme estabelecido no parágrafo 1, da secção 1 do *Sherman Act*: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations is hereby declared to be illegal”. O dilema em torno

¹³⁶Idem, p. 465 este autor estabelece que o fabricante terá que provar o seguinte para ilidir a presunção: “An established manufacturer that uses RPM would be entitled to a safe harbour if it proves that it does not have significant market power, that none of its dealers has significant market power, and that most other manufacturers in the market (measured by sales volume) do not maintain resale prices. Proof of these three conditions would entirely or almost entirely remove the possibility of significant harm from any of the anticompetitive effects described in part II above. It is highly unlikely, for example, that RPM facilitated collusion at the manufacturing level if the great majority of manufacturers did not engage in RPM or otherwise maintain resale prices.”

¹³⁷ A propósito da análise da lei *antitrust* vide Thomas C Arthur, *The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles*, SMU Law Review, Vol. 62, 2009, Emory Public Law Research Paper No. 9-68, pp. 441, disponível no site SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1427512>: “As the term suggests, the primary concern was over the great industrial trusts that sprang up in the late nineteenth and early twentieth centuries. The essence of the trust problem was the combination of competitors to create monopoly power, accompanied (or at least thought to be) by predatory practices used to force unwilling firms to join cartels, sell out to larger combinations, or simply expire.”

da interpretação do parágrafo 1, da secção 1 do *Sherman Act*, iria constituir uma fonte de acesas controvérsias e de forte disputa, quer na doutrina, quer nos tribunais americanos. O ST decidiu que o *Sherman Act* não proíbe todas as restrições de comércio, apenas aquelas que não são razoáveis. Assim, certos atos são considerados tão prejudiciais para a concorrência que são quase sempre considerados como ilegais, designadamente aqueles que incluem acordos entre indivíduos ou empresas concorrentes para fixar preços e dividir mercados. Esses atos constituem violações *per se* do *Sherman Act*, sendo que não é admissível defesa ou justificação para estas práticas. O carácter genérico das previsões do *Sherman Act*, combinado com as características do sistema americano, abriu caminho a um papel decisivo e fundamental dos tribunais, quer federais, quer do Supremo Tribunal no desenvolvimento do direito *antitrust*. Em paralelo com esta aplicação mitigada das proibições estabelecidas no *Sherman Act* os Tribunais tiveram um papel fundamental na concretização jurídica desses comandos¹³⁸. Esta situação conduziu ao segundo momento do regime *antitrust* com o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*¹³⁹. Com algumas revisões, estas normas, juntamente com o *Sherman Act*, são as três leis federais *antitrust* fundamentais e nucleares das leis federais *antitrust* que ainda vigoram nos dias de hoje.

1.2. Escola de Harvard e a Escola de Chicago. A Chicago Revolution

1.2.1. A Escola de Harvard

Após esta primeira fase do direito *antitrust* norte-americano, começou a definir-se outro traço distintivo do sistema de defesa da concorrência que consistia na importância curial da dimensão da análise económica inserida nos raciocínios jurídicos. A introdução de elementos de organização industrial nas ponderações jurídico-económicas envolvidas na aplicação de normas da concorrência verificou-

¹³⁸ A respeito da importância dos Tribunais na aplicação e análise do *Sherman Act* vide Gregory J. Werden, *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*, *op. cit.*, p. 1: «The rule of reason is the accepted standard for testing whether a practice restrains trade in violation of "Section 1 of the Sherman Act. (...) And the Court has consistently distinguished the unreasonable restraints on the basis of impact on competition.»

¹³⁹ Thomas C Arthur, *ob. cit.*, pp. 440-441: "The basic *antitrust* laws, the Sherman, Clayton and FTC Acts, were directed, of course, at what was then termed the trust problem, which was a major domestic legal and political issue from the late 1880s until World War I. RPM was not part of the trust problem and was hardly mentioned in the debates over the basic *antitrust* statutes, nor was it part of the Justice Department's efforts to enforce them (...) Simple RPM does not implicate core *antitrust* concerns".

se, em larga medida, pela influência da Escola de Harvard. Esta perspetiva empírica coadunava-se com o tipo de avaliações casuísticas reclamadas pela aplicação da *rule of reason* desenvolvida pela jurisprudência norte-americana como critério principal de verificação de restrições da concorrência proibidas, exceto relativamente a um núcleo restrito de situações intrinsecamente restritivas da concorrência cobertas por um critério de proibição *per se*. A Escola de Harvard da teoria económica da concorrência evoluiu no sentido de procurar estabelecer classificações operacionais de estruturas de mercados que permitissem compreender determinados comportamentos concorrenciais entre empresas associados a tais estruturas¹⁴⁰ o que conduziu à criação de um paradigma de análise e respetivo padrão denominado por SCP (“structure-conduct-performance”). Este modelo assentava na ideia de uma relação causal entre a estrutura dos mercados, o comportamento das empresas nesses mercados e o respetivo desempenho, em termos de eficiência e satisfação dos consumidores. Este modelo de análise estruturalista instigou uma mudança de orientação e uma aplicação mais intensa das normas *antitrust* tendo contribuído para a evolução do direito norte-americano da concorrência.

1.2.2. A Escola de Chicago

A partir da década de 70 do século XX, o direito *antitrust* entrou num estágio evolutivo influenciado pela Escola de pensamento económico de Chicago. Este novo modelo influenciou particularmente o sistema judicial, pilar fundamental na concretização das normas *antitrust* e assente na prossecução exclusiva de objetivos de eficiência económica assumindo que, na generalidade dos casos, o funcionamento do mercado asseguraria resultados eficientes, justificando uma intervenção corretiva apenas através das normas *antitrust* num número de situações em que tal não sucedesse¹⁴¹. Este modelo coloca a tónica central na análise microeconómica do funcionamento dos mercados e na verificação ou aferição dos seus efeitos potenciais que deveriam traduzir-se numa afetação eficiente de recursos (designado como conceito de eficiência de afetação

¹⁴⁰ Vide Luís Domingos Silva Morais, *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu ensino*, Lisboa, Edições Almedina, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴¹ No que respeita ao pilar institucional de aplicação do direito *antitrust* por influência da Escola de Chicago consolidou-se sobretudo no período da administração Reagan levando alguns autores a sugerir uma revolução conservadora do direito *antitrust* conforme referido por Luís Domingos Silva Morais, *op. cit.*, p. 84.

“allocative efficiency”) era assim assumido como o cerne das ponderações jurídico-económicas de aplicação das normas de concorrência. Esta perspetiva conduziu ao reforço das ponderações de aplicação da “regra da razão” com base em considerações de eficiência associadas ao bem-estar dos consumidores, limitando exponencialmente os juízos finais de proibição de determinados comportamentos empresariais¹⁴². O foco mais recente sobre as questões económicas reduziu as áreas de ilegalidade *per se* e aumentou as áreas onde o domínio da razão opera. Com esta mudança de paradigma os tribunais continuam confusos a respeito de como implementar a *rule of reason*¹⁴³. Esta confusão cria circunstâncias em que o uso de um padrão de bem-estar diferente pode levar a um resultado divergente entre o bem-estar total e o bem-estar do consumidor. A título de curiosidade, quando *Richard Posner* escreveu o seu livro *antitrust* em 1976, o título refletiu a tensão dentro da análise legal *antitrust* e a política da época. O título era *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Este era, de facto, um título provocante. Até ao momento da segunda edição em 2001, o título de *Posner* tinha sido abreviado para “*Antitrust Law*”. A revolução económica foi tão completa que todas as análises *antitrust* acabaram por se tornar em análises económicas pelo que era supérfluo mencionar a perspetiva económica no título¹⁴⁴. A mudança para um discurso baseado na economia moldou de forma crucial a política *antitrust*, de tal forma que, qualquer objetivo que não seja o bem-estar total deve ser enquadrado dentro de uma análise económica. Na formulação atual, é o bem-estar do consumidor que deve ser maximizado, à custa do bem-estar do produtor e do consumidor.

¹⁴² Importa salientar que para os autores e economistas da Escola de Chicago, conforme referido por Joshua D. Wright, *Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust*, *op. cit.*, p. 16 : «While this efficiency justification for RPM is now well accepted, Robert Pitofsky and other commentators have noted that many of the observed uses of RPM do not fit the “discount dealer” story. Chicago School economists have agreed that the “discount dealer” *free-riding* story is not, by itself, sufficient to explain the prevalence of RPM. For instance, Benjamin Klein observed that “the attempt by defendants to place all cases of resale price maintenance within the prevention of *free-riding* framework has led to absurd, clearly perpetual explanations.»

¹⁴³ Vide Roger D. Blair e D. Daniel Sokol, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, The Goals of Antitrust Symposium, GW Law School. Fordham Law Review, 102: 81-145, p. 2507: “With a shift to the rule of reason, courts now provide more in-depth analysis. But even these courts have failed to understand how critical the welfare standard is in this analysis. Thus (...) courts (including the Supreme Court) remain confused as to how to implement the rule of reason. This confusion creates circumstances in which the use of a different welfare standard might lead to a divergent outcome as between total and consumer welfare.”

¹⁴⁴ Vide Roger D. Blair, Daniel Sokol, *ob. cit.*, p. 2508.

1.2.3. A era Pós-Chicago

Como forma de superar os extremos teóricos dos modelos da Escola de Harvard e da Escola de Chicago, surge a síntese pós-Chicago. Esta nova matriz tem permitido uma conceção de parâmetros intermédios de análise situados entre o critério da “regra da razão” e da proibição *per se*. A doutrina protagonizada pela Escola de Chicago foi contestada pela nova vaga Pós-Chicago, que assim reagiu contra o dogma que teria sido elaborado pela Escola de Chicago, ou seja, maior poder económico, maiores possibilidades de restrição (ou restrição não razoável) da concorrência. Os autores da vaga Pós-Chicago consideravam que a apreciação da concorrência não poderia ser efetuada neste enquadramento, o qual funcionava como uma quase presunção legal. Neste sentido, a constatação dos factos deveria prevalecer sobre uma “quase presunção” derivada da teoria económica. A grande crítica era dirigida ao propósito defendido pela Escola de Chicago, a qual considerava que o critério de eficiência seria o objetivo exclusivo do direito *antitrust*. Estes movimentos no sentido da construção de um modelo de análise económica que permitam mitigar os elementos de incerteza inerentes à dimensão de análise económica¹⁴⁵ casuística envolvida na aplicação das normas *antitrust* tem conduzido também ao recurso crescente por parte das Agências Federais à formulação de Orientações Interpretativas (*Guidelines*).

2. Antecedentes do Acórdão *Leegin*. Crescente importância da *rule of reason*

O *Sherman Act* não prevê no seu texto, de forma expressa, qualquer flexibilização, pelo que qualquer prática que restringisse o comércio entre os Estados era considerada como ilícita. No início, essa aplicação literal, desvinculada da realidade, foi utilizada pelos Tribunais norte-americanos. Foi neste contexto que surgiram duas decisões do ST fundamentais na evolução do direito *antitrust*. A

¹⁴⁵ Importa salientar tal como aludido por Joshua D. Wright, *Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust*, *op. cit.*, p. 17 que os autores da era pós-chicago cometeram um erro crucial nas suas análises: “The Post-Chicago commentators who have correctly noted the overuse of the discount dealer justification, and therefore concluded that a *per se rule* is appropriate, have made a fundamental error. They have either ignored or failed to understand the role of RPM in facilitating the provision of efficient promotional services in the absence of *free-riding*. Because they fail to understand the pro-competitive role of RPM in the absence of *free-riding*, they have incorrectly concluded that either *per se* analysis or a truncated *rule of reason*, allowing a limited defence to defendants if their use of RPM appears to fit the narrow discount dealer story, is appropriate.”

primeira foi no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, em 1897¹⁴⁶, onde o princípio da *rule of reason* começou a ser delineado sendo que em 1911, no caso *Standard Oil*¹⁴⁷, a *rule of reason* foi de igual modo reconhecida¹⁴⁸. A importância atribuída pela doutrina a este acórdão é unânime, considerando-o como ponto de partida da moderna interpretação do *Sherman Act*, precursora da “*rule of reason*” a qual constitui o princípio geral de apreciação do *Sherman Act*¹⁴⁹. Finalmente, no caso *Chicago Board of Trade v. United States*¹⁵⁰ a regra da razão foi invocada e efetivamente aplicada em benefício dos réus, tendo ao Supremo Tribunal decidido pela legalidade da conduta. Considerando o que antecede começou assim a tomar forma esta contraposição jurisprudencial entre modelos empresariais cobertos pela “regra da razão” e comportamentos correspondentes a um núcleo de situações restritivas da concorrência e cobertas pela proibição “*per se*”. Neste sentido, durante vários anos, nos EUA o Supremo teve sempre uma posição bastante hostil e inflexível perante as restrições verticais sobre a concorrência intramarcas pelo que, durante vários anos, a análise destas restrições foi efetuada de acordo com a regra da ilegalidade *per se*. A fixação de preços constitui uma das questões nevrálgicas mais sensíveis no direito da concorrência. Nos Acórdãos *Dr. Miles*, *Schwinn* e *Albrecht*¹⁵¹ o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que um fabricante quando se separara do domínio do seu produto não deve ser capaz de reservar para si o controlo sobre o destino do produto ou as condições da sua revenda e assim prejudicar a liberdade de comerciantes para venderem de acordo com as suas próprias condições e estratégia¹⁵². No Acórdão

¹⁴⁶ Caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 US 290 de 1897

¹⁴⁷ Caso *Standard Oil Company Co. of New Jersey v US*, 221 US 1 de 1911.

¹⁴⁸ Decisão do U.S. Supreme Court no caso *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, (1910). A discussão continua neste acórdão através do voto de vencido do *Juiz Harlan*, o qual interrogava a legitimidade do poder judicial de conferir uma interpretação do *Sherman Act* através da regra da razoabilidade “That aspect concerns the usurpation by the judicial branch of the government of the functions of the legislative department(…).”

¹⁴⁹ Conforme referido pelo Professor Robert H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, *op. cit.*, p. 375: “The main tradition of the *Sherman Act's rule of reason*-established by Justice Peckham, Judge Taft, and Chief Justice White (...) rests, whether phrased in such terms or not, upon the premise that the law's exclusive concern is with the maximization of wealth or consumer want satisfaction.”

¹⁵⁰ Caso *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 231, 238 (1918). Vide Gregory J. Werden, *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*, *ob. Cit.*, p. 17 e segs.

¹⁵¹ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 149 (1968).

¹⁵² Tal como referido por Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, *op. cit.*, p. 456: “*Dr. Miles* held RPM *per se* illegal, even if it was only simple RPM, like that employed

Dr. Miles o Supremo Tribunal refere que um fabricante não deve ser capaz de restringir a liberdade dos retalhistas¹⁵³ e que um fabricante não deve ser capaz de alcançar, através de contratos verticais idênticos, o que os concessionários não poderiam fazer horizontalmente¹⁵⁴. A decisão no Acórdão *Dr. Miles* nasceu envolta em grande controvérsia. Entre 1920 e 1930, durante a grande depressão, a decisão era impopular porque impedia os fabricantes de impor um limite sobre os preços de venda e assim estabilizar e limitar a pressão de queda em espiral nos preços de venda a retalho. Além disso, uma política RPM impedia os grandes retalhistas de esmagarem os menores e os mais vulneráveis. Estas preocupações levaram muitos estados a intervir diretamente para proteger os pequenos retalhistas, decretando "fair trade laws", que permitiam, em certas circunstâncias, um fornecedor fixar os preços de revenda. O Congresso necessitou de intervir para resolver a incerteza sobre a proteção que estas leis poderiam ter, pelo que, em 1937 promulgou o *The Miller-Tydings Fair Trade Act*¹⁵⁵ e, posteriormente, em 1952, o *McGuire Act*. Foi somente em 1975, quando o Congresso removeu aquela proteção via *The Consumers Good Pricing Act*¹⁵⁶ que a *per se rule* do Acórdão *Dr. Miles* conseguiu definitivamente instalar-se. O tratamento da legalidade da política RPM tem, porém, sido controverso e outros autores têm defendido a aplicação da *per se rule* contra esta política¹⁵⁷. No final da década de 70, o ST começou a recuar na

by *Leegin*, with no conceivable connection to a cartel at either the dealer or manufacturer level and until the Warren Court's expansive vertical restraints cases in the 1960s, there were two significant loopholes in the *Dr. Miles* rule: firms could legally impose RPM by using their right to refuse to deal to induce tacit and even express agreements to maintain minimum resale prices and by consigning, rather than selling, their goods."

¹⁵³ Acórdão *Dr. Miles Med. Co. v. John Park & Sons Co.*, 220 US. 373 (1911), em que o Tribunal rejeitou a justificação suscitada pela recorrida de que a imposição de uma política de RPM assegura "density of distribution", essencial para o sucesso dos seus produtos.

¹⁵⁴ Sobre esta questão o Juiz *Hughes* no acórdão *Dr. Miles* referiu que: "If there be an advantage to the manufacturer in the maintenance of fixed prices, the question remains whether it is one which he is entitled to secure by agreements restricting the freedom of trade on the part of dealers who own what they sell."

¹⁵⁵ The Miller-Tydings Fair Trade Act isenta do *Sherman Act* a operação de "contratos ou acordos que prescrevem preços mínimos para revenda" de produtos específicos quando esses acordos eram lícitos aplicados a operações internas de direito local. Esta parte da história dos EUA é importante, pois fornece evidência empírica de que o preço dos produtos em estados com leis de comércio justo pode ser comparado com os preços dos produtos nos Estados sem eles. A este propósito veja-se a maioria e a minoria das opiniões defendidas no Acórdão *Leegin*.

¹⁵⁶ The Consumers Good Pricing Act de 1975

¹⁵⁷ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit., p. 297 considera que um fabricante que impõe uma política RPM deve ter a intenção de criar eficiências de modo a que todas restrições verticais de fixações de preços e divisão de mercado sejam benéficas para os consumidores e devem ser completamente legais. No entanto, compreende que a sua proposta para legalizar as verdadeiras restrições verticais seja mal vista pelos autores da linha mais convencional:

aplicação da *per se rule* e a aplicar a *rule of reason*. No acórdão *Sylvania*¹⁵⁸¹⁵⁹, o Supremo deu um passo importante nesta mudança de paradigma salientando que, por si só, a *per se rule* é apropriada apenas para uma conduta anticoncorrencial manifestada, por exemplo, em acordos que têm ou podem vir a ter, um efeito pernicioso sobre a concorrência, tendo concluído que, quaisquer efeitos anticoncorrenciais resultantes das restrições verticais *intrabrand* não relacionadas com o preço, poderiam adequadamente ser julgadas sob o escrutínio da *rule of reason*. Não obstante, o acórdão *Sylvania*, deixou a *per se rule* contra a política RPM intacta e uma linha rígida de separação entre as restrições verticais de preço e as restrições verticais não relacionadas com o preço¹⁶⁰ o que conduziu, sem surpresa, à complexidade e tensão na análise destas questões. Refletindo essa inquietação, o Supremo anulou a aplicação da *per se rule* contra a política RPM no que concerne à fixação de preços máximos, tendo reforçado a sua decisão do acórdão *Colgate*¹⁶¹ em que a política RPM deve resultar de um acordo em que o fornecedor que anuncia uma política de preços se recusa a fazer negócios com os distribuidores que se afastam unilateralmente desta política. No acórdão *Monsanto*¹⁶² elevou a fasquia para aqueles que tentavam provar a existência de um acordo vertical de fixação de preços e, no acórdão *Khan*¹⁶³, o Supremo anulou a *per se rule* contra a política RPM de preços máximos¹⁶⁴. A opinião de *Richard Posner* no acórdão *Khan*

"The proposal to legalize all truly vertical restraints is so much at variance with conventional thought on the topic that it will doubtless strike many readers as troublesome if not bizarre."

¹⁵⁸ Numa anunciada alteração dos pressupostos do acórdão *Dr. Miles* sobre as políticas RPM, refere Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, *ob. cit.*, p. 458 o seguinte: "Beginning with *Sylvania* in 1977, the Supreme Court (...) has eliminated or at least limited the scope of all but one of the *per se rules* and given real content to the *rule of reason*, restoring it as a means of resolving cases, even for plaintiffs. The *per se/rule of reason* dichotomy is now a shadow of its former self."

¹⁵⁹ Acórdão *Continental TV, Inc v GTE Sylvania IN*, 433 US. 36, 1977

¹⁶⁰ Conforme referido por Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, *op. cit.*, p. 477: "The Court reversed *Schwinn* in *Sylvania*, holding that all nonprice *intrabrand* restraints are to be judged under the *rule of reason*. Unlike *White Motor* and *Schwinn*, *Sylvania* did not eliminate all *intrabrand* competition among its dealers."

¹⁶¹ Acórdão *United States v Colgate & Co* 250 US 300, 307 (1919)

¹⁶² *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984).

¹⁶³ Acórdão *State Oil v Khan* 522 US 3, 1997

¹⁶⁴ Na análise comparada efetuada por Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, *ob. cit.*, p. 485 destes acórdãos determinantes para a análise das políticas RPM sob a perspetiva da *per se rule* ou da *rule of reason*, a respeito do acórdão *State Oil Co. v. Kahn* este refere que o Tribunal "(...)unanimously overruled *Albrecht's per se* prohibition on manufacturer-imposed maximum resale prices. The Court once again relied upon the premises of *Sylvania*, particularly the "general view that the primary purpose of the *antitrust* laws is to protect *interbrand* competition. The Court's decisions since *Sylvania* had made it clear that maximum RPM could not injure

levou-o a referir que "The revolution in *antitrust* doctrine on restricted distribution was complete. Well, almost complete. The *per se* rule against resale price maintenance remains¹⁶⁵." A decisão do Tribunal no Acórdão *Leegin* completou a revolução. Num gritante contraste com a posição que existia em 1976, a RPM referente à fixação de preços mínimos e máximos e todas as restrições intramarca são, desde 2008, ilegais somente se se provar que são uma restrição excessiva do comércio sob a análise da *rule of reason*.

3. Acórdão *Leegin* e a sua importância na análise dos acordos RPM. O derrubar de barreiras seculares e o ressurgimento da *rule of reason* na análise da RPM

Foi no âmbito desta evolução e deste contexto que o Supremo Tribunal no Acórdão *Leegin* garantiu o *writ of certiorari* para determinar se os acordos verticais de fixação de preços mínimos deveriam continuar a ser tratadas como ilegais *per se* e, neste sentido, anulou uma decisão centenária oriunda do Acórdão *Dr. Miles*. Assim, desde 1911 e até 2007, sob a *umbrella* do Acórdão *Dr. Miles*¹⁶⁶, condenou-se nos EUA, por via da regra *per se*, as restrições verticais em matéria de fixação de preços a retalho, por constituírem restrições ao comércio em violação do art. 1.º do *Sherman Act*. Esta jurisprudência foi fortemente criticada pela doutrina ao longo dos anos e por autores como *Posner*¹⁶⁷ e *Bork* ligados à Escola de Chicago. Com o acórdão *Leegin*, o ST dos EUA anulou uma jurisprudência obsoleta sobre as restrições verticais RPM e o entendimento das mesmas em conformidade com a regra da ilegalidade *per se*, substituindo o seu escrutínio pela *rule of reason*¹⁶⁸. Em consequência, estas restrições só violarão as leis *antitrust* quando se verifique que os feitos anticoncorrenciais predominam sobre os efeitos pró-concorrenciais. No entanto, importa ressaltar que a decisão do ST não foi pacífica,

interbrand competition. (...) *Albrecht* had really been grounded on a concern for dealer freedom, rather than any concern for core *antitrust* values."

¹⁶⁵ Richard A. Posner, *Antitrust Law An Economic Perspective*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁶ Acórdão *Dr. Miles Med. Co. v. John Park & Sons Co.*, 220 US. 373 (1911).

¹⁶⁷ Vide Richard A. Posner, *Antitrust Law An Economic Perspective*, *op. cit.*, pp. 176-189.

¹⁶⁸ Vide M. Laurence Popofsky, *Does Leegin Liberate the Law Governing Horizontal Conspiracies From Its Vertical Contamination?*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 78 Issue 1, American Bar Association, 2012, pp. 33, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2079659> : "The rule of reason now governs nearly all vertical distributional restraints under federal antitrust law."

tendo existido uma grande cisão entre os seus membros¹⁶⁹. No período pós-*Leegin*, vários foram os autores que apontaram falhas ao acórdão¹⁷⁰ afirmando que o Tribunal se limitou a estabelecer os fatores que poderiam servir de substrato à mudança de paradigma na análise deste tema, tendo deixado em aberto as regras e o modo como a aplicação da *rule of reason* à análise dos efeitos anti e pró-concorrenciais aos acordos RPM se deveria processar¹⁷¹.

3.1. Matéria de Facto

A *Leegin* é um negócio familiar de artigos de couro e acessórios de moda que vende sob a marca *Brighton* a pequenas boutiques, de propriedade independente e lojas especializadas. A *Leegin* opera num mercado altamente fragmentado e competitivo e vende para lojas especializadas na crença de que elas fornecem aos clientes uma experiência superior de compra em relação a grandes retalhistas onde as vendas são muitas vezes impessoais. Em 1997 a *Leegin* adotou uma política em que se tornou claro que aos retalhistas que fizessem descontos abaixo dos preços sugeridos seria recusado o fornecimento de produtos. Uma das lojas fornecida foi a *Kay Kloset*, loja de vestuário para mulheres em Lewisville no Texas propriedade da *PSKS*. Quando a *Leegin* descobriu que a *Kay Kloset* vendia os seus produtos abaixo do preço sugerido chamou a atenção para este comportamento e deixou de vender produtos a esta loja. A *Leegin* vendia produtos da marca *Brighton*, especialmente em pequenas lojas que revendiam diretamente ao consumidor final e que no entendimento da *Leegin*, dispunham de um serviço mais personalizado com melhor atendimento, valorizando-se deste modo a marca e a sua reputação. A *Leegin* considerava que os seus interesses de promoção dos produtos seriam melhor servidos por optar sair de uma guerra de preços com os grandes armazéns de roupa, concentrando-se na qualidade e marca "Brighton". Em

¹⁶⁹ Importa ressaltar que conforme referido por Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, ob. cit., p. 484 o acórdão *Leegin* teve como substrato de análise a prática de uma política RPM *intra-brand* sendo que na opinião deste autor o mais interessante terá sido a opinião divergente e dissidente do juiz *Breyer*: "The Supreme Court responded by finally overruling *Dr. Miles*. The only surprise was Justice *Breyer's* harsh dissent and that three other justices joined it. on brand of leather goods faced substantial competition from other brands (...) The only surprise was Justice *Breyer's* harsh dissent and that three other justices joined it."

¹⁷⁰ Idem p. 60: "However, the Court offered little guidance as to how this process should proceed. Instead, what it offered was a brief discussion and a laundry list of factors that might support one side or the other."

¹⁷¹ Vide William S. Comanor, *Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin*, op. cit., p. 60: "In effect, the Supreme Court announced a new policy for the *antitrust* treatment of RPM, but then left it to others to fashion its details."

1997 instituiu a “Brighton Retail Pricing and Promotion Policy” por via da qual se recusava a vender os produtos Brighton a grandes armazéns e retalhistas que praticassem descontos e que vendessem os seus produtos abaixo do preço sugerido¹⁷². A *Leegin* adotou esta política com vista a permitir que os seus retalhistas tivessem margem suficiente para fornecerem aos clientes serviços de qualidade e indispensáveis dentro da estratégia defendida pela *Leegin* que acreditava ainda que os descontos poderiam prejudicar a imagem e a reputação da Brighton. Cinco anos após a implementação desta política, a *Leegin* descobriu que a *Kay's Kloset*, propriedade da *PSKS, Inc.* violava a sua política de preços, tendo realizado uma promoção em que marcou os produtos da marca Brighton, 20% abaixo do preço recomendado pela *Leegin*. A *Kay's Kloset* argumentava que vendeu os produtos da marca *Brighton* com desconto para conseguir concorrer com outros lojistas que também tinham colocado os produtos abaixo do preço sugerido pela *Leegin*. Perante a recusa da *Kay's Kloset* em cumprir com a política de preços imposta pela *Leegin*, esta deixou de fornecer a loja e a *PSKS* processou a *Leegin*, alegando que tinham sido violadas as leis da concorrência quando a *Leegin* celebrou contratos com os retalhistas para venderem os produtos da marca Brighton unicamente ao preço fixado pela *Leegin*. A *PSKS* argumentava que a política de preços de retalho sugerida da *Leegin* assentava em acordos verticais celebrados com seus revendedores, para definir os preços de revenda mínimos aos consumidores e desse modo, violou as leis *antitrust*. Esta situação teve um impacto negativo considerável nas receitas da loja e a *PSKS* reclamou, em sede judicial, danos elevados contra a *Leegin* no Tribunal Distrital, alegando que a interrupção de fornecimento de produtos resultou de um acordo de fixação de preços ilegal estabelecido entre a *Leegin* e os seus retalhistas.

A *Leegin* apresentou um conjunto de argumentos justificativos pró-concorrenciais para a sua política de preços mas, seguindo o precedente criado pelo acórdão *Dr. Miles*, o Tribunal Distrital alegou que se o acordo fosse provado estaria proibido *per se*. O júri, considerou que a *Leegin* não tinha estabelecido uma política de preços unilateral mas que efetivamente tinha concertado com os seus retalhistas uma política de fixação de preços. O Tribunal de Apelação confirmou a

¹⁷² A este propósito, o presidente da *Leegin* Jerry Khol referiu no julgamento e conforme transcrito no acórdão do Supremo Tribunal dos EUA que: “We want the consumers to get a different experience than they get in Sam's Club or in Wal-Mart.” *Leegin* 551 U.S. 877 (2007), p. 2.

decisão. Nos argumentos perante o Supremo Tribunal, a *Leegin* não tentou esgrimir razões, nem justificar o seu comportamento e se este era ou não lícito e, conseqüentemente, se a sua conduta encontrava abrigo no âmbito da secção 1 do *Sherman Act*. Ao invés, a *Leegin* preferiu apresentar argumentos apoiada por estudos apresentados, tanto nos EUA e por 25 dos principais economistas *antitrust*, que no âmbito de uma análise económica moderna exigem que seja realizado um estudo destas questões sob o escrutínio dos *standards* da *rule of reason*. Com este acórdão e na senda de outros que indicavam já uma clara mudança do precedente criado pelo acórdão *Dr. Miles*¹⁷³, a análise do ST da política RPM levada a efeito pela *Leegin* junto da sua rede de lojas de distribuição de produtos da marca *Brighton* permitiu, finalmente, a ponderação dos efeitos pró-concorrenciais destas políticas¹⁷⁴. Dada a importância deste tema o Supremo Tribunal dos EUA decidiu reanalisar o caso através do recurso a um poder discricionário designado de *writ of certiorari* tendo revisto a decisão do tribunal inferior invertendo e anulando a jurisprudência existente sobre as restrições verticais RPM e alterando o paradigma da análise jurisprudencial das mesmas. Não sendo possível analisar em detalhe os argumentos defendidos pelas partes, proponho uma análise das questões mais relevantes identificadas no acórdão.

3.2. Principais questões em análise no acórdão

3.2.1. As restrições verticais de fixação de preços e as *nonprice restraints*

Nos EUA sempre existiu uma forte oposição às restrições verticais sobretudo em matéria de preços, sendo que a evolução em termos de análise jurisprudencial das mesmas desde o acórdão *Dr. Miles*, foi bastante significativa¹⁷⁵. Tal como aludido no próprio acórdão, a literatura económica está recheada de autores que consideram que os acordos RPM têm efeitos pró-concorrenciais e que deverão ser analisados em conformidade com uma *rule of reason* ao invés de uma

¹⁷³ Vide Acórdãos: *Colgate* (1919), *Sylvania* (1977), *Khan* (1997).

¹⁷⁴ Vide Surinder Tikoo e Bruce Mather, *The changed legality of resale price maintenance and pricing implications*, *op. cit.*, p. 417.

¹⁷⁵ Vide, Miguel Moura e Silva, *EC Competition law and the market for exclusionary rights*, in VV.AA., (org.) *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, p.816: «With the landmark decision by US Supreme Court in *GTE/Sylvania*, nonprice vertical restraints were again viewed under the more favourable “*rule of reason*” approach(...)»

abordagem via a ilegalidade *per se*¹⁷⁶. A posição dos tribunais norte-americanos assentou, até há muito pouco tempo, na distinção entre restrições verticais em matéria de preços e nas *nonprice restraints*. A jurisprudência relativa às *nonprice restraints* determinava que, enquanto as restrições em matéria de preços eram encaradas como abrangidas pela proibição *per se* que incide sobre os acordos horizontais, as restrições de outra natureza foram sendo apreciadas com base na “*rule of reason*”¹⁷⁷. Desde o acórdão *Monsanto*¹⁷⁸ as *nonprice restraints* têm vindo a ser tratadas em consonância com a *rule of reason*. Ora, considerando as similitudes entre estas restrições e as referentes a preços, após a decisão judicial neste acórdão, a condenação *per se* das restrições RPM deixava de fazer sentido. A inversão do entendimento da proibição *per se* das restrições verticais de preços, verifica-se com a escola de Chicago, em que se admite que estas restrições permitem o mesmo tipo de ganhos de eficiência das *nonprice restraints*, bem como o reconhecimento, por via de uma abordagem económica, da existência de um elevado grau de substituibilidade entre si. Ou seja, a proteção dos incentivos ao investimento pelo retalhista na prestação de serviços acessórios ao cliente, pode ser alcançado mediante uma restrição territorial, como a atribuição de um território exclusivo ou a imposição de preços a retalho.¹⁷⁹ Em ambos os casos, o distribuidor vê diminuída a possibilidade dos investimentos desejáveis na ótica do produtor serem parasitados por outros distribuidores que não incorrem nos correspondentes custos¹⁸⁰. Acresce ainda que as restrições verticais apenas tendem a ser prejudiciais para a concorrência na presença de poder de mercado. Em

¹⁷⁶ Vide Richard A. Posner, *ob. cit.*, pp. 188-189, a propósito da jurisprudência antes do acórdão *Leegin*, referia que existia uma falha intelectual na análise das restrições verticais que era patente no acórdão *Sylvania*, no acórdão *Albrecht* e no acórdão *Khan*. A este respeito, Posner sublinha que: “The opinion also said that it was high time Supreme Court overruled *Albrecht*, and the Court accepted the invitation. It is the only occasion on which I have been gratified to be reserved. Revolution in antitrust doctrine on restricted distribution was complete. Well, almost complete. The *per se* rule against resale price maintenance remains. It is a sad mistake. There is neither theoretical basis, nor empirical support, for thinking the practice generally anticompetitive. Congress’s action in repealing an antitrust immunity for resale price maintenance was not the same thing as outlawing the practice.”

¹⁷⁷ Vide Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, *op. cit.*, p. 393: “Equally controversial is the fact that today the two sets of practices are governed by two different legal standards. RPM is *per se* illegal. By contrast, vertical *nonprice restraints* have received *rule of reason* treatment since 1977.”

¹⁷⁸ Acórdão *Monsanto Co v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 US 752 (1984).

¹⁷⁹ Vide neste sentido, Miguel Moura e Silva, *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 273.

¹⁸⁰ Richard A. Posner, *ob. cit.*, p. 173: “(...) some retailers will prefer to provide no services and instead take a free ride on those retailers who do.”

resumo, estes fatores conjugados permitiram uma abordagem diferente destas restrições, abrindo-se deste modo caminho para a inversão da proibição *per se* da fixação de preços a retalho e à sua substituição por uma análise em consonância com a *rule of reason*.

3.2.2. Análise do acórdão Leegin

3.2.2.1. A opinião da maioria e a aplicação da *rule of reason*

O Juíz *Kennedy*, seguindo a opinião da maioria, começou por salientar, como o Supremo Tribunal tem feito de forma consistente desde o Acórdão *Sylvania*, que a *rule of reason* é a regra padrão para aferir se uma determinada prática restritiva do comércio viola a secção 1, do *Sherman Act*. Salienta ainda que por princípio a *per se rule* ficou confinada às restrições que sempre, ou quase sempre tendem a restringir e a diminuir a concorrência e têm efeitos manifestamente anticoncorrenciais e implicam a ausência de virtudes redentoras da concorrência. A *per se rule* era assim apropriada apenas e até o Tribunal adquirir experiência considerável com o tipo de restrição em questão e onde com segurança e confiança se poderia prever que determinada restrição seria anulada na totalidade ou na maioria dos seus aspetos sob a análise da *rule of reason*¹⁸¹.

Neste sentido, o Juiz *Kennedy* passou a examinar os efeitos económicos da política RPM para determinar se, no entanto, a aplicação da *per se rule* era apropriada. Os recorrentes no acórdão *Leegin* argumentaram com um conjunto de factos com vista a evidenciar que a política RPM não prejudicava a concorrência e isto porquanto o mercado onde a *Leegin* operava era ferozmente competitivo, existindo concorrência ativa a nível do retalho, sendo que a *Leegin* tinha adotado a política de preços unilateralmente e os retalhistas eram livres para realizar descontos se não tinham a intenção de adquirir novamente um determinado produto. Uma vez que o mercado é bastante dinâmico e estão constantemente a ser introduzidos novos produtos, os retalhistas, de facto, têm várias oportunidades para realizar descontos. Além disso, argumentou-se que estas restrições encorajariam os retalhistas a ter um *stock* maior de produtos e a oferecer aos consumidores melhores condições e qualidade na aquisição dos produtos do que nos grandes retalhistas onde as compras são impessoais. Entendeu a maioria que

¹⁸¹ Alison Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, op. cit., p. 488.

as restrições de preços eram necessárias para oferecer aos retalhistas um incentivo para fornecer aos clientes serviços especializados de acompanhamento e para protegê-los de *free-riders*. O Tribunal aceitou que restrições verticais de preços também podem igualmente produzir efeitos anticoncorrenciais quando, por exemplo facilitam a criação de um cartel ao nível da produção ou do retalho ou quando são utilizadas de forma abusiva por um fabricante ou revendedor poderosos e, nesta medida, tais consequências não devem ser ignoradas ou subestimadas.

O Juiz *Kennedy* aderiu à vertente de que os preços mais baixos resultariam da proteção intermarca sob a alçada das leis da concorrência e com base no facto de que os interesses de fabricantes e consumidores estavam alinhados no que diz respeito ao lucro do retalho nas margens. Foi com base nesta abordagem que o Tribunal declarou que se deveria considerar para a análise das restrições verticais de preços a *rule of reason* e não a ilegalidade da *per se* rule. Atendendo ao facto de que o tribunal não pretendia analisar esta matéria como se fosse nova, estabeleceu o princípio do *stare decisis* que funciona como uma diretriz de julgamento, como um precedente que, em muitos casos, é mais importante do que a aplicação da própria lei. O ST tem a prerrogativa de, excecionalmente, anular um dos seus julgamentos anteriores pelo que esta regra não é um comando inexorável. A maioria considerou que a regra do *stare decisis* não obrigava a adesão à regra estabelecida no acórdão *Dr. Miles*. Em particular a opinião generalizada apoiou a visão de que a RPM pode ter efeitos pró-concorrenciais e o Tribunal já tinha precedentes quando casos subsequentes anularam e minaram as suas bases doutrinárias. Assim, o Tribunal no acórdão *Leegin* anulou a sua decisão do acórdão *Dr. Miles* e decidiu estabelecer que as restrições verticais de preços devem ser julgadas de acordo com a *rule of reason*¹⁸².

¹⁸²Numa visão crítica Thomas C. Arthur, *The Core of Antitrust and The Slow Death of Dr. Miles*, op. cit., p. 485 refere que: "The only anticompetitive uses of RPM, per Justice *Kennedy*, were related to the core of *antitrust*, primarily (1) to facilitate cartelization, as the Court had recognized in *Business Electronics* or, less plausibly, (2) those by a dominant retailer or manufacturer to exclude equally efficient rivals. These possible uses did not satisfy the always anticompetitive/never procompetitive standard for a *per se* rule: RPM agreements can have either procompetitive or anticompetitive effects, depending upon the circumstances in which they are formed."

3.2.2.2. A opinião Divergente

O Juiz *Breyer*, tal como a maioria, reconheceu que a política RPM pode potencialmente fornecer benefícios em termos da concorrência mas considerou que, de igual modo, também pode ter potencialmente efeitos anticoncorrenciais¹⁸³. De qualquer forma, para o Juiz *Breyer* a respeito dos benefícios a nível da concorrência destas práticas questiona se é fácil de separar as ovelhas benéficas dos cabritos anticoncorrenciais¹⁸⁴. Na sua opinião uma política RPM pode causar efeitos anticoncorrenciais com alguma regularidade¹⁸⁵. Em contrapartida, ele não encontrou resposta satisfatória para a questão de saber quando e quantas vezes a política RPM permitia obter benefícios, como a prevenção do parasitismo e, como tal, considerou ainda que os tribunais teriam extrema dificuldade em identificar casos em que os benefícios eram suscetíveis de compensar os danos. O Juiz *Breyer* considerou que a lei da concorrência deve ser alimentada pela análise económica, mas nem sempre se pode replicar os pontos de vista dos economistas. Em vez disso, deveria ser um sistema administrativo a exigir que os tribunais realizassem os seus próprios julgamentos relativamente aos preços mínimos no âmbito de uma política RPM e suportassem as suas decisões na aplicação de ilegalidade *per se* ou na *rule of reason*. Admitiu ainda que, se tivesse sido forçado a decidir a questão, poderia ter concordado que uma abordagem via a aplicação da *per se rule* deveria ser ligeiramente modificada para permitir uma exceção ainda que certamente, seria difícil saber se a fixação de preços mínimos se deveria aproximar da *per se rule* ou da *rule of reason* considerando diferentes tipos de situações¹⁸⁶. Ele considerava, por isso, que o Tribunal não deveria ter anulado um precedente bem estabelecido e enraizado na jurisprudência dos EUA e acreditava que nenhuma

¹⁸³ Idem, pp. 485-486: "While Justice *Breyer* grudgingly conceded that RPM might have some procompetitive advantages, he recognized only two of the many recognized in the economic literature facilitation of new entry and promotion of dealer services by curbing free riding expressing his scepticism of the free rider argument."

¹⁸⁴ *Leegin* 551 U.S., 2007, p. 8 (*BREYER*, J., dissenting) "But before concluding that courts should consequently apply a *rule of reason*, I would ask such questions as, how often are harms or benefits likely to occur? How easy is it to separate the beneficial sheep from the *antitrust* goats?"

¹⁸⁵ Numa visão crítica do caso *Leegin* vide Pamela Jones Harbour, *The Illegality of Vertical Minimum Price Fixing*, An Open Letter to the Supreme Court of the United States from Commissioner, Federal Trade Commission, 26 de fevereiro, 2007, p. 1 refere que: «Vertical minimum price fixing is almost always harmful to consumers vertical minimum price fixing is almost always harmful to consumers. It creates no incentive for distributors and retailers to become more cost-effective in the delivery of goods and services to consumers.»

¹⁸⁶ *Leegin* 551 U.S., 2007, p. 3 (*BREYER*, J., dissenting): "The difficulty arises out of the fact that the different sets of considerations point in different directions."

mudança de circunstâncias ajudou a posição da maioria. No seu entendimento, a maioria não conseguiu fundamentar devidamente o indeferimento de uma decisão jurisprudencial de longa data com os argumentos apresentados, não se tendo alegado nem carreado para o processo argumentos ou factos novos.

Em conclusão, o Juiz *Breyer* declarou que a decisão no caso *Leegin*, provavelmente, irá criar consideráveis turbulências legais em tribunais inferiores que procuram desenvolver princípios viáveis de decisão. Aliás, na sua opinião, todas as considerações *stare decisis* indicam o contrário. No voto de vencido, o Juiz *Breyer*, alegou ainda que as restrições verticais inibem o crescimento de distribuidores mais eficientes e facilitam a cartelização do mercado ressaltando ainda que não houve uma mudança significativa que justificasse a alteração da jurisprudência neste acórdão para que o precedente, ou seja, o princípio do *stare decisis* fosse ultrapassado. Por estas razões discordou da decisão tomada no caso *Leegin*¹⁸⁷.

3.3. A revolução na decisão do Tribunal e a aplicação da *rule of reason*. O pós- *Leegin*

Em resumo e analisados que foram os argumentos apresentados, com o acórdão *Leegin*, o ST modificou uma jurisprudência enraizada no ordenamento norte-americano considerando que os preços de revenda mínimos impostos pelo fabricante podem levar os retalhistas a competir de forma mais eficiente nas vendas aos clientes e que os acordos RPM não devem ser considerados ilegais *per se*, sendo, por isso, necessário passar a efetuar-se uma análise em consonância com a *rule of reason*. Embora a maior parte da doutrina concorde que uma política RPM pode permitir ganhos de eficiência em algumas circunstâncias, existe uma vertente que considera que a política RPM pode ser prejudicial ao bem-estar do consumidor noutros casos e que frequentemente os efeitos anticoncorrenciais se sobrepõem aos efeitos pró-concorrenciais¹⁸⁸. No entanto, e apesar dos diferentes pontos de vista, a maioria considerou que a política RPM deverá ser analisada sob a *rule of*

¹⁸⁷ *Leegin Creative* 551 U.S., 2007, p. 12 (*BREYER*, J., dissenting): I am not aware of any case in which this Court has overturned so well established a statutory precedent. Regardless, I do not see how the Court can claim that ordinary criteria for overruling an earlier case have been met.”

¹⁸⁸ Alison Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, *op. cit.*, p. 493.

*reason*¹⁸⁹. A questão crítica agora é como deverá ser conduzida a análise sob o escrutínio da *rule of reason*. A decisão no acórdão *Leegin* não significa necessariamente que é legítimo incorporar disposições RPM em sistemas de distribuição em todos os casos. Importa referir a este respeito que algumas leis estaduais ainda impõem uma responsabilidade automática para uma política RPM, como também é necessário aferir se uma avaliação com base na regra da razão requer uma análise individualizada de um acordo para determinar a sua eficiência e respetivos efeitos pró-concorrenciais, via a análise das condições antes e depois de uma restrição ser imposta e a natureza da restrição e os seus efeitos.

No acórdão *Leegin* o juiz *Kennedy* afirmou que três fatores seriam particularmente importantes para a análise da política RPM, a saber: (i) o número de produtores/fabricantes a utilizarem esta prática, (ii) a origem da restrição (se a política RPM foi introduzida como resultado de pressão dos retalhistas existindo, neste caso em particular, uma grande possibilidade de a restrição facilitar um cartel de retalhistas ou suportar uma posição dominante e (iii) se o fabricante ou revendedor têm uma posição dominante no mercado¹⁹⁰¹⁹¹. Além disso, realçou que os tribunais deveriam estabelecer uma estrutura contenciosa e litigante com vista a garantir a criação de orientações para os negócios. Nesta circunstância os tribunais podem, por exemplo, elaborar regras para a oferta de prova, ou mesmo presunções quando justificado, para tornar a *rule of reason* uma forma mais justa e eficiente de proibição de restrições anticoncorrenciais e estabelecer as práticas

¹⁸⁹ Tal como referido por Herbert J. Hovenkamp, *Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement* Iowa Legal Studies, 15 de dezembro, Research Paper 10-40, 2010, p. 6 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1673519>: "Under the *rule of reason* such strictness is no longer necessary because anticompetitive effects are no longer inferred from the price agreement alone. For example, if a powerful dealer insists on protecting its margins by asking a supplier to terminate a price-cutting dealer, the only real question is whether the price restraint is initiated freely by the manufacturer in order to control the quality of its dealers(...)."

¹⁹⁰ *Leegin* 551 U.S., 2007, p. 18: "As a final matter, that a dominant manufacturer or retailer can abuse resale price maintenance for anticompetitive purposes may not be a serious concern unless the relevant entity has market power. If a retailer lacks market power, manufacturers likely can sell their goods through rival retailers. (...) And if a manufacturer lacks market power, there is less likelihood it can use the practice to keep competitors away from distribution outlets."

¹⁹¹ Avishalom Tor/William J. Rinner, *Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, University of Haifa Faculty of Law Legal Studies Research, December 1, 2009, in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1522948>, p. 60 «(...) the Court emphasized the importance of market power in determining the likely impact of RPM, essentially suggesting that practice is of little concern "unless the relevant entity has market power."According to this reasoning, retailers lacking market power cannot force manufacturers to adopt inefficient RPM and manufacturers lacking such power are less capable of foreclosing competitors from distribution channels. While market power is clearly an important factor in evaluating the potentially harmful (...) inefficient RPM can cause harm even absent retail or manufacturing market power.»

que melhoram a concorrência. Não obstante, a análise dos acordos RPM sob a égide da regra da razão é de complexa aplicação e pode tornar extremamente difícil para os requerentes o ónus da prova com vista a demonstrar que uma disposição RPM teve, ou é suscetível de ter, efeitos anticoncorrenciais, substanciais. Com efeito, o Professor *Hovenkamp* afirma no seu livro "The Antitrust Enterprise" que se tornou uma espécie de lugar comum que violações *antitrust* analisadas via a regra da razão são quase impossíveis de provar, particularmente em ações privadas de acusação¹⁹² sendo que, desde as decisões do ST nos acórdãos *Sylvania* e *Khan*, têm existido alguns desafios bem sucedidos mas relativamente às restrições verticais não relacionadas com o preço e às disposições de preços máximos de revenda. O juiz *Kennedy* frisou ainda que os tribunais devem ser diligentes na eliminação da utilização anticoncorrencial da RPM no mercado¹⁹³.

No entanto, o perigo de que a utilização anticoncorrencial da RPM seja difícil de descobrir e prevenir por via da análise da *rule of reason*, acabou por ser a preocupação central dos juízes dissidentes. Por último, sobre esta decisão, uma questão importante, identificada por vários autores era de facto perceber, como seria acolhido no futuro o repto do Juiz *Kennedy* no sentido de os tribunais estabelecerem uma estrutura litigante com base em presunções com vista a tornar a *rule of reason* uma regra racional e eficiente para proibir restrições anticoncorrenciais e no sentido de promover os efeitos pró-concorrenciais. Aquando do acórdão *Leegin*, pretendia-se perceber se os tribunais iriam finalmente abraçar uma análise rápida de uma prática RPM que permitisse uma presunção de efeitos anticoncorrenciais para satisfazer o ónus da prova anticoncorrencial e sem uma prova formal de poder de mercado, completada com definições económicas.

Em resumo, importa salientar que, não obstante a revolução operada pelo acórdão *Leegin* este deixa ainda muitas perguntas por responder e o desafio é tentar descobrir como equilibrar as justificações pó-concorrenciais e os potenciais efeitos anticoncorrenciais dos acordos RPM¹⁹⁴. Na ausência de um consenso mais

¹⁹² Alison Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, op. cit., p. 495.

¹⁹³ *Leegin* 551 U.S. 877 2007, p. 19: "The *rule of reason* is designed and used to eliminate anticompetitive transactions from the market."

¹⁹⁴ Sobre a necessidade de aprofundar os resultados da decisão no acórdão *Leegin*, Thomas A. Lambert e Michael E Sykuta, *Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not*

robusto e maiores evidências empíricas disponíveis no acórdão, o debate é ampliado pelas diferenças nos pressupostos e alternativas. Estas diferenças resultam em distintas conclusões quanto: (1) aos interesses de um fabricante na adoção da RPM¹⁹⁵, (2) à probabilidade de circunstâncias que levaram ao abuso da RPM e (3) à relevância das diferentes formas de concorrência para a salvaguarda contra efeitos adversos da RPM. O acórdão *Leegin* concluiu, assim, a revolução na doutrina *antitrust* sobre a política RPM e veio dar às empresas uma maior flexibilidade para incorporar uma política RPM nos seus acordos de distribuição.

Sem prejuízo, as empresas a operar nos EUA, terão ainda de considerar cuidadosamente se devem ou não utilizar políticas RPM nos seus acordos¹⁹⁶ e se estes acordos são suscetíveis de ser avaliados sob o domínio da *rule of reason*, tendo em conta os fatores identificados pelo Juiz *Kennedy* e considerando ainda a hostilidade que se mantém sobre estes acordos em alguns Estados. Resta agora analisar se uma mudança para a análise sob a *rule of reason* resultará ou não, na prática, numa regra da legalidade virtual de *per se* para a RPM e, ou se os tribunais vão abraçar os anseios da minoria e aplicar, em determinadas circunstâncias, uma incompleta análise sob a *rule of reason*. Se tal abordagem se tornar amplamente adotada, a lei dos EUA mover-se-ia para mais perto da legislação em vigor na UE nesta área. Como última nota, de realçar que o acórdão *Leegin* serve como um lembrete poderoso de que a RPM pode ter justificativas pró-concorrenciais que podem ser invocadas para construir um convincente caso em que um acordo que incorpora uma disposição RPM não faz de imediato restringir a concorrência.

Justify a Per Se or 'Quick Look' Approach, *ob. cit.*, referem o seguinte: “Despite the U.S. Supreme Court’s 2007 *Leegin* decision abrogating the rule of *per se* illegality for purposes of federal *antitrust* law, squabbles continue on two fronts. First, states have split on whether minimum RPM will remain *per se* illegal under state *antitrust* law. (...) Some commentators (...) have called for a full-blown *rule of reason* analysis under which the plaintiff would bear the burden of proving an actual anticompetitive effect or, at a minimum, the structural pre requisites to such an effect. Others have advocated approaches that would presume the unreasonableness of a challenged instance of RPM (...) These latter approaches are essentially versions of the “quick look” *rule of reason*, under which an evaluating court effectively presumes that the challenged restraint is unreasonable but allows the defendant to rebut that presumption by proving an absence of anticompetitive effect or the existence of countervailing efficiencies.”

¹⁹⁵ Neste sentido vide Gregory T. Gundlach, *Overview and contents of the special issue: Antitrust analysis of resale price maintenance after Leegin*, *ob. cit.*, p. 5, nota rodapé n.º 13: “Although both schools of thought agree that manufacturers and consumers benefit from *intra-brand* competition that keeps the cost of distribution and retail prices low, given their differing perspectives they diverge as to the extent to which these interests maintain their alignment in the real-world..”

¹⁹⁶ Marina Lao, *Internet Retailing and Free-riding: A Post- Leegin Antitrust Analysis*, Lao, M. (2011). *Internet Retailing and "Free Riding": A Post-Leegin Antitrust Analysis*, *Journal of Internet Law*, 14, 14-24, p.20.

CAPÍTULO III - O modelo europeu referente às restrições verticais de fixação de preços de revenda. A Experiência Europeia

1. O modelo Europeu atual referente às restrições verticais de preços de revenda. A reforma de 2010

Preliminarmente importa enaltecer a reforma das últimas políticas comunitárias decorrentes do Tratado de Funcionamento da União Europeia e do novo pacote normativo referente a restrições verticais resultado do Regulamento 330/2010¹⁹⁷ da Comissão relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE¹⁹⁸ a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas e respetivas Orientações que passarei a analisar de seguida. O principal escopo das políticas da concorrência implementadas pela Comissão Europeia (CE) visam a eficiência económica e a integração dos mercados europeus, sendo certo que as razões de natureza social têm ganho cada vez mais preponderância, designadamente o bem-estar dos consumidores. De facto, nos últimos anos, na UE houve uma alteração do paradigma e uma abordagem das políticas RPM mais em linha com a análise económica e respetivas justificações de eficiência económica que foram reconhecidas nas Orientações de 2010¹⁹⁹²⁰⁰ sobre restrições verticais tendo-se evoluído a partir de uma perspetiva de análise *hardcore* destas restrições consideradas como restrições graves da concorrência, para uma perspetiva e análise mais madura da RPM que atualmente, sob certas circunstâncias, poderá ser bem sucedida na defesa da eficiência de certas práticas RPM nos termos do art. 101.º n.º 3, do TFUE. Por contraposição com os EUA, na UE tem havido uma evolução mais gradual e menos radical na política de concorrência em relação aos acordos verticais. Atualmente qualquer análise deste tipo de restrições tem obrigatória e necessariamente de considerar o disposto no n.º 3, do art. 101.º do TFUE relativamente ao balanço económico implicando a análise conjunta com as Orientações. As Orientações de 2010 preconizam uma abordagem económica na

¹⁹⁷ Regulamento (UE) n.º 330/2010, de 20.4.2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

¹⁹⁸ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 26.10.2010, JOUE C326 com as alterações decorrentes do Tratado de Lisboa que foi assinado em 13 de Dezembro de 2007 e entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

¹⁹⁹ Orientações relativas às Restrições Verticais, JOUE C130, de 19.5.2010

²⁰⁰ Atualmente estas Orientações deverão ser analisadas conjuntamente com as Orientações sobre a aplicação do art. 81.º, n.º 3 do Tratado, JOUE, C101/97

aplicação do art. 101.^o do TFUE das restrições verticais e aceitam que estas são geralmente menos prejudiciais do que as restrições horizontais, sendo realçados os aspetos positivos destas restrições que podem, de facto, ser essenciais para a eficiência e desenvolvimento de novos mercados, por exemplo, sendo a solução para um problema de *free-rider*²⁰¹, abrindo ou facilitando a entrada em novos mercados e aceitando explicitamente que as restrições verticais que restrinjam a concorrência intermarca são mais prejudiciais do que as restrições verticais que reduzem a concorrência intramarca. Não obstante, nem a jurisprudência nem a política da Comissão seguiram inteiramente esta abordagem ousada para a sua conclusão lógica. Pelo contrário, o foco das preocupações com as restrições é na concorrência intramarca e a rivalidade entre as empresas aos vários níveis da distribuição. Aliás, uma política de fixação de preços mínimos continua a ser tratada pela Comissão como uma restrição *hardcore* que, apesar de não ser tecnicamente proibida *per se*, é fortemente desencorajada²⁰².

1.1. O Tratado de Funcionamento da União Europeia e a abordagem sobre as restrições verticais

A política RPM a nível europeu é discutida no quadro do art. 101.^o do TFUE que se preocupa com todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum sendo estes acordos e práticas proibidos. Embora a decisão do ST no caso *Leegin* tenha permitido a utilização pelos fabricantes de acordos RPM, também tem gerado muitas outras questões e dúvidas

²⁰¹ Vários argumentos contra a justificação dos *free-riders* têm sido avançados. Conforme referido por Andrés Font-Galarza *et. al.*, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective*, *op. cit.*, p. 4: "It has been argued that perhaps not all products require extensive pre-sales service and, even if they do, retailers may sometimes have different means of competing. Therefore, the higher margin may not be used in higher pre-sales effort but rather to offer free shipping services or lower prices on complementary products."

²⁰² Alison, Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)*, *op. cit.*, p. 1 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1932309> refere a este respeito que: "(...) the Commission's initial formalistic approach to Article 101, why reform was necessary and how it occurred. It notes that, despite the significant strides taken, the modernization process has had little impact on the formalistic treatment of object (or *hardcore*) restraints and, indeed, may be perceived as having made it even more risky for firms to incorporate such restraints into their agreements."

sobre este assunto²⁰³.Claramente a RPM, por si só, é um conceito complexo e a linha de separação entre a ilegalidade e a legalidade e sobre os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais pode ser difícil de definir. As Orientações de 2010 relativas às restrições verticais tornam claro que, por via de uma abordagem com base em presunções, na UE, é sempre possível fundamentar que os acordos RPM produzem eficiências.

Neste caso, a Comissão deverá apreciar prováveis efeitos reais negativos de tais acordos, se os ganhos de eficiência ultrapassam os efeitos negativos e se estão cumpridas as restantes condições estatuídas no n.º 3, do art. 101.º do TFUE (balanço económico)²⁰⁴. Caso tal se verifique o acordo será considerado admissível²⁰⁵. Ora, na UE a fixação de preços de revenda insere-se na categoria dos acordos visados pelo art. 101.º do TFUE. O n.º 1, alínea a) deste artigo, determina expressamente que a delimitação do preço de revenda é proibida e incompatível com o mercado interno, sendo estes acordos, conforme estabelecido no n.º 2 do mesmo artigo, considerados nulos. Importa ainda referir que nos termos do n.º 1, do art. 1.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, os acordos identificados no n.º 1, do art. 101.º do TFUE, que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 são proibidos. Inversamente, tal como estabelecido no n.º 2, do art. 1.º deste Regulamento, os acordos referidos no n.º 1, do art. 101.º do TFUE que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia. Esses acordos são válidos e aplicáveis desde que satisfeitas as condições previstas no n.º 3, do art. 101.º do TFUE²⁰⁶. No entanto, as restrições graves da concorrência identificadas no Regulamentos de isenção por categoria ou nas Orientações e Comunicações da Comissão, não cumprem, em

²⁰³ Idem, p. 12: "Rather, the impact of RPM should be analyzed (and any anticompetitive effects identified) under the *rule of reason*. The dramatic evolution of US law in this area has fuelled the debate about the appropriateness in the EU of treating vertical restraints with such ambiguous competitive effects as *hardcore* restrictions by object which are presumed anticompetitive. It seems clear nonetheless that a similar volte-face in the EU is most unlikely."

²⁰⁴ O foco da CE está mais virado para as restrições *intra-brand* sendo que se reconhece que os acordos verticais tendem a ter efeitos favoráveis na concorrência. Neste sentido Vide Miguel Gorjão-Henriques e Miguel Sousa Ferro, *The Latest Reform of EU Competition Law on Vertical Restraints*, Concorrência e Regulação, ano I, n.º 4, p. 117: "In this context, the European Commission generally recognized that vertical agreements tend to be beneficial to competition (...) to extent that they favored *inter-brand* competition and widened consumers' margin of choice."

²⁰⁵ A respeito das diferenças entre os dois modelos vide figura 1, ponto 3 de S. Umit Kucuk e Harry J.P Timmermans, *Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. perspectives*, op. cit., p.540

²⁰⁶ Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts 101.º e 102.º do TFUE.

princípio, com as condições enunciadas no n.º 3 do art. 101.º do TFUE, designadamente não geram benefícios económicos, nem beneficiam os consumidores. Na UE um exame mais global das restrições verticais, permitiu que a CE, nas suas Orientações de 2010 relativas às restrições verticais²⁰⁷ não rotulasse os acordos de preços de revenda como ilegais *per se*, estabelecendo a possibilidade de as empresas demonstrarem que a inclusão de determinadas restrições nos acordos permite ganhos de eficiência e que as condições previstas no balanço económico determinadas no n.º 3, do art. 101.º do TFEU se encontram preenchidas. Cabe ainda salientar e conforme é anunciado nas *Guidelines*: “As restrições graves podem, em circunstâncias excepcionais ser objetivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares, não sendo abrangidas pelo disposto no art. 101.º, n.º1”. A aceitação da teoria das restrições acessórias implicitamente remete para a *rule of reason*²⁰⁸. Passemos então a analisar em mais detalhe a abordagem das Orientações sobre as restrições verticais.

1.2. Orientações da Comissão relativas às restrições verticais de 2010

Nas Orientações relativas à aplicação do n.º 3, do art. 101.º²⁰⁹, a título de exceção à regra estatuída no n.º1, do art. 101.º do TFUE, o n.º 3 prevê que a proibição estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo possa ser “declarada inaplicável a acordos que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que não imponham às empresas restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem permitam a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” Nestas circunstâncias, a análise de um acordo à luz do art. 101.º do TFUE comporta duas fases. A primeira fase, que consiste em avaliar se um acordo entre empresas, suscetível de afetar o comércio entre países da UE, tem um objetivo ou efeito

²⁰⁷ Comunicações oriundas das instituições, órgãos e organismos da União Europeia – Comissão Europeia – Orientações relativas às restrições verticais, J.O. C 130, de 19.5.2010, p. 1.

²⁰⁸ A primeira vertente da *rule of reason* “*restrições acessórias*”, parte do princípio de que as restrições da concorrência que sejam *necessárias* à realização de um objetivo considerado ele mesmo lícito, seriam admitidas. As cláusulas restritivas constituíam, desta forma o acessório, o meio que tornaria possível a realização do fim pretendido, ele mesmo considerado lícito.

²⁰⁹ Comunicação da Comissão, Orientações relativas à aplicação do n.º 3, do art. 81.º do atual TFUE, J.O C 101, de 27.4.2004, p. 97

anticoncorrencial real ou potencial. A segunda fase, que só é pertinente no caso de se concluir que o acordo restringe a concorrência, consiste em determinar quais os benefícios desse acordo para a concorrência e em avaliar se tais benefícios compensam os efeitos anticoncorrenciais. O enquadramento do balanço económico e a análise do equilíbrio entre efeitos concorrenciais e anticoncorrenciais é realizado por via das seguintes quatro condições: (i) ganhos de eficiência, (ii) a atribuição de uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores; (iii) o carácter indispensável das restrições e (iv) a não eliminação da concorrência. Considerando que as quatro condições são cumulativas, basta que uma delas não seja satisfeita para que deixe de fazer sentido a análise das restantes²¹⁰. Assim, em princípio, todos os acordos restritivos que satisfaçam as quatro condições estatuídas n.º 3, do art. 101.º do TFUE são abrangidos pela exceção. O sistema de análise das restrições da concorrência criado pelas Orientações, entre elas a imposição do preço de revenda, estabelece uma análise mais próxima da *rule of reason* utilizada no ordenamento jurídico dos EUA sobre a permissão de uma política RPM. Ora o art. 1.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento n.º 330/2010²¹¹, relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, isentou um conjunto de restrições verticais por categoria sob determinadas condições.

As isenções por categoria ou individuais, impedem a incidência do art. 101.º do Tratado para determinados mercados ou acordos. No entanto, as delimitações do preço de revenda, fixo e mínimo, foram excluídos dessa isenção por categoria. No Regulamento de 2010 a Comissão Europeia manteve o seu posicionamento que vinha já do Regulamento 2790/2000, no sentido de que tais restrições, independentemente da participação dos agentes económicos no mercado, tendem a causar mais ineficiências.

²¹⁰ Alison Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)*, op. cit., p. 6 refere que: “Even under the modernized Article 101, therefore, it is accepted that case-by-case analysis of the impact on competition of every agreement is not feasible or appropriate. Rather, it is recognized that some sorting of agreements is necessary according to their likely competitive effects: at one end of the spectrum are agreements presumed not to produce anticompetitive effects or to harm consumer welfare overall (because any impact on competition will be insignificant or because procompetitive effects are likely to outweigh any anticompetitive ones (agreements which satisfy the conditions of the BERs) and at the other end are object restraints which are *presumed* to infringe Article 101.”

²¹¹ Regulamento (UE) n.º 330/2010, de 20.4.2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Diga-se ainda que, não só as delimitações do preço de revenda mínimo e fixo foram excluídas dessa isenção, como foram consideradas restrições graves sendo catalogados como *hardcore restrictions*²¹². No entanto, no que concerne à delimitação do preço máximo de revenda e ao preço sugerido, estes foram incluídos expressamente na isenção de categoria²¹³ por se entender que têm consequências distintas no mercado dos acordos de fixação de preços mínimos ou fixos²¹⁴. De forma expressa no parágrafo 47, as Orientações afirmam que as restrições graves, tais como as delimitações do preço fixo e mínimo de revenda não se encontram entre as restrições verticais isentas pelo Regulamento 330/2010 porém, não são consideradas ilícitas *per se*. Existe, de facto, uma presunção de que tais restrições não preenchem as isenções constantes no n.º 3, do art. 101.º do TFUE. Cabe, por isso, às partes comprovar que as delimitações do preço fixo e mínimo de revenda constantes do contrato de distribuição são suscetíveis de gerar ganhos de eficiência, demonstrando que as condições para a aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE foram preenchidas.

2. As dificuldades de análise das restrições verticais no que concerne à política RPM

2.1. A economia do bem-estar dos consumidores com base no Art. 101.º do TFUE

Na UE tem havido um debate considerável sobre o quadro analítico correto que deveria ser utilizado para a análise dos acordos restritivos da concorrência

²¹² Vide Valentine Korah e Denis O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EE Competition Rules*, op. cit., pp.167-177: "Vertical agreements imposing minimum and fixed resale prices on the buyer are hard core restraints listed in article 4 (a)."

²¹³ Conforme referido por Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press Seventh Edition, 2012, ISBN 978-0-19-958, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, p.649: «Paragraphs 226 to 229 of the *Vertical Guidelines* consider the extent to which it is lawful to recommend a resale price to a distributor or retailer or to impose a *maximum* rather than a minimum price. Article 4(a) of the *block exemption* provides that these practices are not 'hard-core' restrictions, 'provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties'. (...) Where the *block exemption* is not applicable the Commission states at paragraph 227 of the *Guidelines* that it will consider whether recommended or maximum prices might work 'as a focal point for the resellers and might be followed by most or all of them(...)'. The market power of the supplier is an important factor to be taken into consideration (...) In Repsol CPP the Commission accepted commitments from Repsol to modify its long-term exclusive supply agreements with service stations selling its fuel, but which explicitly allowed it to impose maximum or recommended prices.»

²¹⁴ Idem p. 174: "(...) but imposing maximum resale prices is not." Vide também parág. 229 das Orientações, p. 46 "No que se refere aos preços de revenda máximos, o ganho de eficiência descrito no ponto 107, alínea f) (evitar uma dupla margem) pode revelar-se particularmente importante."

nos termos do art. 101.º do TFUE. Infelizmente, esta é uma área que os tribunais europeus não desenvolveram muito. Embora em alguns casos, se coloque a tónica na análise do art. 101.º, n.º 1 do TFUE na preocupação sobre o poder de mercado²¹⁵, os tribunais e os advogados expressam muitos pontos de vista diferentes e às vezes incoerentes sobre o quadro analítico contido no art. 101.º do TFUE. Em particular, a jurisprudência Europeia recente sobre o art. 101.º do TFUE tornou-se algo similar a um teste de *Rorschach*²¹⁶, onde todos podem encontrar algum apoio para qualquer visão e análise do art. 101.º TFUE. As próprias Orientações de 2010 sobre a aplicação do art. art. 101.º, n.º 3 do TFUE, refletem uma análise económica do bem-estar dos consumidores, que liga o conceito de uma restrição provável da concorrência com os efeitos de uma determinada restrição. Na mesma linha, os novos acordos verticais de isenção por categoria e Orientações que os acompanham, continuam a reconhecer o poder de mercado como uma condição essencial e clássica para determinar se as restrições verticais são capazes de prejudicar o bem-estar dos consumidores mas sem explicar de que forma estas restrições invariavelmente permitem às empresas aumentar o seu poder de mercado²¹⁷. Isto parece particularmente relevante para uma discussão da análise das restrições verticais, à luz da caracterização das políticas RPM e algumas outras restrições como as restrições *intrabrand* como restrições "*hardcore*" equivalentes a restrições por objeto no âmbito dos acordos verticais de isenção por categoria e respetivas Orientações²¹⁸.

2.2. O conceito de "restrição da concorrência" e "poder de mercado"

Na senda do atrás referido, aderindo a um padrão de bem-estar do consumidor, no centro do art. 101.º do TFUE encontra-se o conceito de poder de mercado. A alegação de que um acordo restringe a concorrência deve ser acompanhada de uma teoria do dano que explica como o acordo facilita o exercício do poder de mercado e conduz a um aumento de amplitude no mercado, do preço,

²¹⁵ Vide Acórdão *GlaxoSmithKline Servs. Unltd. v. Commission*, Case T-168/01, 2006, E.C.R. II-2969.

²¹⁶ Vide Andreas P. Reindel, *Resale price maintenance and article 101: Developing a more sensible analytical approach*, *op. cit.*, p. 1304.

²¹⁷ Vide Orientações sobre Restrições verticais, para. 48 e 223.

²¹⁸ Vide Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, *ob. cit.*, p. 663: "Each of the hard-core restrictions in Article 4 relates to a restriction of *intrabrand* competition, although the Commission's view is that in some cases restrictions of *intrabrand* competition can affect *interbrand* competition by softening competition and/or facilitating collusion."

ou à redução da produção, em comparação com a inexistência de um acordo desta natureza. Sem uma análise inicial da ligação de poder de mercado e prejuízo para a concorrência, não pode haver violação do art. 101.º, n.º 1 do TFUE e nenhum ónus da prova pode ser imposto ao réu para apresentar justificações fundamentadas. Esta abordagem é consistente com vários julgamentos e com as Orientações da Comissão sobre a aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Ora, o art. 101.º do TFUE tem apenas um conceito de "restrição da concorrência" que, independentemente da análise, é construído em torno (a) de uma teoria focada na "restrição por objeto" equivalente a uma restrição "*hardcore*", ou em torno (b) de uma teoria focada na "restrição por efeito". As restrições no âmbito da mesma marca, incluindo a RPM, são tipicamente consideradas restrições da concorrência se houver provas de que estas práticas facilitam a colusão, embora a possibilidade de efeitos de exclusão da RPM não possam ser completamente descartados²¹⁹.

2.3. A análise via "poder de mercado" permite uma análise com base na *rule of reason*?

Na opinião crítica de *Andreas P. Reindel*²²⁰, a análise do art. 101.º, n.º 1 do TFUE não é realizada com base na "regra da razão". Mais precisamente, a discussão sobre a forma como as preocupações sobre o poder de mercado se encaixam no art. 101.º, n.º 1 do TFUE não beneficiam de argumentos de que esta abordagem iria introduzir com uma análise da *rule of reason* no direito europeu da concorrência. Pode-se argumentar em favor de uma análise baseada nos efeitos em todo o art. 101.º do TFUE e, ao mesmo tempo, inscrever-se a noção de que o direito europeu da concorrência não usa uma análise baseada na *rule of reason*. A abordagem por via da regra da razão pode referir-se à análise dos acordos restritivos identificados pelo ST dos EUA no *Chicago Board of Trade*, onde essencialmente tudo é considerado relevante e os fatores de apoio e de oposição à conclusão de um acordo ilícito são analisados sem uma clara estrutura analítica ou sequencial²²¹.

²¹⁹ A este propósito vide Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, *op. cit.*, pp. 911-913: "Recital 10 of the Regulation states that vertical agreements containing certain types of several anti-competitive restrictions such as minimum and resale prices, as well as certain types of territorial protection, should be excluded from benefit of block exemption. Even hard-core restrictions might as a matter of law, fall outside article 81(1) where they could not have an appreciable effect on competition or on interstate trade."

²²⁰ Vide Andreas P. Reindel, *Resale price maintenance and article 101: Developing a more sensible analytical approach*, *op. cit.*, p. 1302.

²²¹ *Board of Trade of the City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 238-39, 1918.

Ora, o art. 101.º do TFUE não incorpora esse tipo de análise de acordo com a *rule of reason*. Os tribunais na Europa têm sido firmes nesta matéria. Sem prejuízo, para outros autores, uma análise baseada na *rule of reason* corresponde a um quadro analítico que permite que o réu, em algum momento, possa carrear para o processo justificações de eficiência. Ora, o art. 101.º do TFUE sempre teve uma análise da *rule of reason* neste sentido estrito de que os réus não são impedidos de utilizar e apresentar justificações para a sua conduta nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE²²². Essa visão estreita da *rule of reason* não significa, no entanto, a possibilidade de usar uma regra estruturada da *rule of reason* que chega a conclusões iniciais sobre os efeitos anticoncorrenciais prováveis de um acordo baseado em algumas presunções que permitam alterar o ónus da prova para fornecer justificativas para o réu.

2.4. Defesa da RPM para além do art. 101.º, n.º 3 do TFUE

A abordagem da Comissão para a análise da RPM também é problemática em relação ao n.º 3, do art. 101.º do TFUE como justificação de eficiência por parte dos réus. Em primeiro lugar, a abordagem cria assimetrias entre as exigências impostas às autoridades da concorrência e aos arguidos. O réu pode evitar a condenação por utilização de um esquema de RPM, apenas por meio de provas credíveis e fundamentadas de ganhos de eficiência e mostrando que essas eficiências não podem ser alcançadas de qualquer outra forma²²³. A constatação de que a restrição em particular é considerada uma "restrição por objeto", impede o réu de ilidir a presunção mediante a apresentação de provas, nos termos do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, de que o acordo específico não tem efeitos anticoncorrenciais e, portanto, não restringe a concorrência. Neste sentido, a defesa inicial limita-se a demonstrar a eficiência do acordo nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE²²⁴. Dadas as ambiguidades em torno das políticas RPM, o que,

²²² Vide Andreas P. Reindel, , *Resale price maintenance and article 101: Developing a more sensible analytical approach*, op. cit., p. 1315.

²²³ Neste sentido, vide John B. Kirkwood, *Rethinking Antitrust Policy Toward RPM*, op. cit., p. 465 que estabelece que o fabricante terá que provar o seguinte para ilidir a presunção: "An established manufacturer that uses RPM would be entitled to a safe harbor if it proves that it does not have significant market power, that none of its dealers has significant market power, and that most other manufacturers in the market (measured by sales volume) do not maintain resale prices."

²²⁴ Vide Miguel Gorjão Henriques e Miguel Sousa Ferro, *The Latest Reform of EU Competition Law on Vertical Restraints*, Reform of Vertical Restraints in The EU, p. 119: "It Should be kept in mind that the benefit of *block exemption* presupposes the applicability of the interdiction contained in article

aos olhos de uma panóplia de autores tornará praticamente impossível para muitos ganhar um caso que exige uma análise completa de efeitos nocivos, parece razoável esperar que um réu possa apresentar essa prova forte e inequívoca. Isto é verdade nomeadamente quando o réu deve convencer uma autoridade da concorrência ou uma entidade responsável pelo *enforcement*, pela aplicação das leis da concorrência. Essa abordagem sugere que, num atual quadro de análise de efeitos de uma proibição RPM, de facto, as novas regras não mudam, mesmo que elas pareçam aumentar a gama disponível de defesa nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFEU²²⁵. Em segundo lugar, a abordagem da Comissão subestima o papel e o valor da experiência ao nível do fornecedor que constantemente tem de ajustar as suas estratégias de distribuição, a fim de encontrar meios mais eficientes.

Uma explicação de que esses fatores são bons indicadores no caso em apreço, amplia o escopo dos elementos de defesa para além dos requisitos previstos no art. 101.º, n.º 3 do TFUE. A empresa poderia, então, não só tentar provar a eficiência, mas também apresentar evidências irrefutáveis para atacar os pressupostos que fazem parte do escopo do 101.º, n.º 1 do TFUE. Por exemplo, um réu pode tentar persuadir um tribunal que a defesa da autora sobre o poder de mercado do réu ou sobre os efeitos de colusão prováveis, à luz das circunstâncias do caso concreto, não preenchem os requisitos do art. 101.º, n.º 1. Considerando o que antecede, as partes poderão apresentar provas num caso individual de que o seu acordo RPM, mesmo contendo restrições *hardcore*, pode ser excluído do âmbito do art. 101.º, n.º 1 ou pode cumprir com as condições do art. 101.º, n.º 3. Aliás, as próprias Orientações contêm alguns exemplos destas justificações às

101 (1) of the TFUE and the *onus probandi* of the violation of that provision rests with the European Commission while it is for undertaking to demonstrate that the conditions for the benefit of article 101 (3) of the TFUE, or for the benefit of the Block exemption, are met."

²²⁵ Alison Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)*, *ob. cit.*, pp. 19-20 a propósito da possibilidade de aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE refere o seguinte: "It has also been mentioned, however, that, although jurisprudence clearly establishes that *all* agreements are capable of satisfying the conditions of Article 101(3), even those incorporating *hardcore* restraints, the difficulty in this area is that a strong presumption has been created that such restraints will not satisfy the conditions of Article 101(3), and the modernization process may have made it more difficult for those seeking to rebut that presumption. The approach set out in the Article 101(3) *Guidelines* significantly raised the bar for those seeking to rely on Article 101(3), stressing that Article 101(3) is intended —to provide a legal framework for the economic assessment of restrictive practices and not to allow the application of the competition *rules* to be set aside because of political considerations and requiring proof: (1) of substantiated *efficiencies* (...); (2) that the agreement allows consumers a fair share of the benefit (...); (3) that the restrictive agreement as such is reasonably necessary in order to achieve the efficiencies(...); and (4) that the agreement as a whole must not lead to the elimination of competition."

restrições *hardcore*²²⁶. Estas restrições graves podem ser objetivamente necessárias em casos excepcionais para um acordo de um determinado tipo ou natureza e, portanto, não abrangidos pelo art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Por exemplo, uma restrição *hardcore* pode ser objetivamente necessária para garantir o respeito de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a certos clientes por razões de saúde e de segurança²²⁷. Caso sejam necessários investimentos substanciais por um distribuidor, a fim de iniciar, testar, desenvolver ou implementar um novo produto num novo mercado, quaisquer restrições ativas e passivas, de vendas a outros distribuidores em tal território ou a um tal grupo de clientes que sejam necessárias para o distribuidor recuperar esses investimentos, geralmente estão fora do âmbito do art. 101.º, n.º 1, pelo menos, durante os dois primeiros anos de implementação e testes (para ensaio ou introdução dos produtos)²²⁸.

Esta justificação refere-se a uma verdadeira entrada do fornecedor no mercado relevante, onde não havia anteriormente procura para esse tipo de produto em geral, ou para um determinado tipo de produto a partir desse fornecedor. Por último, importa sublinhar que apesar da falta de audácia da Comissão relativamente às políticas RPM a evolução dos negócios *online* e a importância da *internet* na mudança das estruturas de retalho e relação dos respetivos operadores tem vindo gradualmente a mudar a visão das políticas RPM.

3. O Regulamento n.º 330/2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas²²⁹.

A mudança de posicionamento da Comissão Europeia ocorreu com o Regulamento n.º 2790²³⁰, de 22/12/1999 relativo à isenção por categoria nos

²²⁶ A este respeito e criticando a abordagem da Comissão nas *Guidelines*, Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, op. cit., p. 1319 refere que: “The guidelines also attempt to justify the “hardcore” categorization of RPM in the block exemption regulation by arguing that RPM leads to higher prices and therefore is presumably unlawful. This argument is wrong (...) RPM does not always lead to a price increase. A supplier implementing an RPM scheme seeks to protect a retailer’s margin; so it may be able to achieve that goal by lowering its wholesale price when its products are exposed to strong competition on the retail level.”

²²⁷ Vide a este respeito Magdalena Brenning-Louko et. al., *Vertical agreements: new competition rules for the next decade*, Forthcoming in Competition Policy Newsletter, 2, 2010, p.8.

²²⁸ Idem, *ibidem*.

²²⁹ Regulamento (UE) n.º 330/2010, de 20.4.2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas

acordos e nas restrições verticais. O Regulamento de 1999 e as Orientações relativas às restrições verticais formaram o primeiro pacote de uma nova geração de regulamentos de isenção por categoria e orientações inspirados por uma abordagem mais baseada em efeitos económicos e que, posteriormente, foi implementada noutras áreas *antitrust*. Em 20/04/2010, a CE adotou um novo Regulamento de isenção por categoria e em simultâneo adaptou as Orientações²³¹ relativas às restrições verticais aplicáveis a partir de 1 de Junho de 2010. As regras de concorrência incorporadas nestes instrumentos são particularmente importantes dada a difusão dos acordos verticais na Europa.

Esses instrumentos também desempenham um papel importante na garantia de uma abordagem coerente para as restrições verticais ao abrigo do art. 101.º do TFUE, cuja aplicação tem sido quase sempre realizada pelas autoridades nacionais de concorrência e tribunais nacionais desde a descentralização de 2004. As restrições verticais são restrições da concorrência incluídas em acordos verticais que podem impedir e, ou segmentar mercados e facilitar a colusão. Aliás, o sistema de análise criado pelas Orientações das restrições da concorrência, entre elas a imposição do preço de revenda, estabelece uma abordagem mais próxima da estrutura da *rule of reason* utilizada nos EUA sobre a permissão e admissão de uma política RPM²³², não sendo a comparação, pelos motivos já apontados, totalmente coincidente nem pacífica.

Importa referir que o relevo atribuído à quota de mercado²³³ enquanto expressão da capacidade das empresas poderem restringir a concorrência traduz uma clara influência do direito norte-americano *antitrust* segundo a qual os

²³⁰ Regulamento 2790/1999, OJ 1999, L 336/21.

²³¹ Orientações relativas às restrições verticais, J.O. C 130, de 19.5.2010, p. 1.

²³² Sem prejuízo de uma maior abertura, conforme refere Andrés Font-Galarza, Frank P. Maier-Rigaud e Pablo Figueroa, *ob. cit.* p. 3: «The Commission's most recent VRBER and the *Guidelines* on Vertical Restraints unambiguously characterize RPM arrangements as *hardcore* restrictions. Also, besides straightforward price-fixing, the *Guidelines* on Vertical Restraints indicate, in a relatively thorough manner, additional indirect means through which an RPM agreement will be achieved—fixing maximum discounts, linking the granting of rebates to the observance of a given price level, etc. Interestingly, although the Commission indicates in its *Guidelines* on Vertical Restraints that “hard-core restrictions may be objectively necessary in exceptional cases, the Commission does not include RPM among the examples of possible ancillary restraints indicated in the *Guidelines*...”»

²³³ “Pode presumir-se, quando a quota do mercado de cada parte do acordo no mercado relevante não ultrapassa 30%, que os acordos verticais que não contenham determinados tipos de restrições graves da concorrência conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição e proporcionam aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes” considerando 8 do Regulamento 330/2010.

acordos verticais não refletem, em princípio, restrições à concorrência *per se*. Uma modificação significativa ocasionada pelo Regulamento anterior que se reflete nas restrições verticais, refere-se à participação das empresas envolvidas no acordo. No Regulamento atual foi mantida a participação máxima de 30%, mas esse limite deveria ser seguido, tanto pelo fornecedor, como pelo distribuidor, independentemente do contrato analisado. O Regulamento de isenção por categoria não é mais do que um catálogo de cláusulas permitidas e proibidas que os agentes económicos se socorriam para elaborar os seus próprios acordos, conferindo atualmente maior flexibilização e capacidade de regulação a novas formas de distribuição, numa área económica caracterizada por um grande dinamismo. Importará agora analisar o Regulamento no que especificamente se refere aos acordos RPM.

3.1. As restrições verticais de preços no Regulamento 330/2010

Conforme tive oportunidade de mencionar, no Regulamento n.º 330/2010, os preços de revenda mínimos e fixos continuaram de fora da isenção de categoria, sendo catalogados como infrações graves (*hardcore restrictions*). Em relação à delimitação do preço máximo de revenda e ao preço sugerido, estes acordos foram incluídos na isenção da categoria, por se entender que têm consequências distintas no mercado dos acordos de fixação de preços mínimos ou fixos. Conforme parág. 47 das Orientações, as delimitações do preço fixo e do preço mínimo de revenda não se encontram entre as restrições verticais isentas constantes do Regulamento 330/2010. Porém, não são consideradas ilícitas *per se*. Em resumo, relativamente às restrições verticais que tenham por objeto, direto ou indireto, estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo, as Orientações²³⁴ referem que as mesmas podem ter um dupla vertente de efeitos negativos ou positivos no mercado, geradores de ineficiências ou eficiências conforme pontos 223 a 229 das Orientações²³⁵²³⁶.

²³⁴ A este respeito vide Richard Whish e David Bailey, *Competition Law, op. cit.*, pp. 648,649: «In recent years there has been a growing recognition that, in some cases, there may be efficiency arguments in favour of resale price maintenance. (...) Paragraph 225 of the *Vertical Guidelines* acknowledges that resale price maintenance might lead to efficiencies in the sense of Article 101(3). Paragraph 225 gives, as a 'most notable' example, resale price maintenance imposed by a manufacturer that introduces a new product to the market, where this induces the distributor to increase its sales efforts for the new product, thereby expanding overall demand and making the launch a success, itself a benefit to consumers.»

²³⁵ Vide parágrafos 223 a 229 das Orientações de 2010 (C 130), p. 45 e segs.

Passemos então a analisar os efeitos negativos da RPM identificados no art. 4.º do Regulamento 330/2010.

3.2. As restrições graves identificadas no art. 4.º do Regulamento *versus* Orientações. A influência do acórdão *Leegin*

Sobre este aspeto em particular importa frisar que as restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria são consideradas restrições graves²³⁷. Assim, a isenção prevista no art. 2.º do Regulamento não é aplicável aos acordos verticais que, direta ou indiretamente, de forma isolada ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, tenham por objeto, as situações elencadas neste artigo, designadamente a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes. O Regulamento 330/2010 não prevê a denominada “white list”, uma listagem que comportava a indicação de cláusulas admitidas para a aplicação da isenção, prevendo somente um conjunto de restrições que não são admitidas. Tal permite concluir que o que não é proibido é permitido. O art. 4.º do Regulamento 330/2010 prevê, assim, um conjunto de restrições à concorrência que impedem a atribuição da isenção automática, independentemente da *quota* de mercado das empresas participantes. Assim, este conjunto de cláusulas, consideradas restrições graves²³⁸ da concorrência *per se* ou pelo seu próprio

²³⁶ Cfr. Parágrafo 225 das Orientações 2010 (C 130), p. 46 “A imposição dos preços de revenda pode contribuir para evitar este parasitismo a nível da distribuição.”

²³⁷ Vide Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, *op. cit.*, p. 1302 define restrições *hardcore* como: «(...) under article 101(1) TFEU because it is characterized as a “hardcore” violation in a Commission *block exemption* regulation, and, conversely, it is classified as a “hardcore” violation because it is a “restriction by object”».

²³⁸ Conforme aludido por Miguel Gorjão-Henriques e Miguel Sousa Ferro, *op. cit.*, p. 128: “One aspect of the *Guidelines* that has been criticized and will surely come to be discussed before the European Courts is the idea that when a vertical agreement includes *hardcore* restrictions, such as resale price maintenance, that agreements is presumed to restrict competition and thus to fall within article 101 (1), and that this also gives rise to the presumption that the agreement is unlikely to fulfil the conditions of article 101 (3).”

objeto²³⁹, não requerem a verificação do poder de mercado por parte das empresas participantes do acordo.

A função atribuída a esta tipologia de cláusulas é expressamente mencionada no considerando 10, pelo que a sua presença nos respetivos contratos, e independentemente da quota de mercado das empresas em causa, provocará a não aplicação da isenção ao acordo celebrado²⁴⁰. Ora esta situação de inclusão de cláusulas restritivas *per se* mereceu críticas por parte de alguma doutrina, baseadas na incoerência ao nível dos princípios. Para alguns autores, os critérios de análise económica que orientam a nova abordagem seriam incompatíveis com a inclusão de normas consideradas restritivas de forma automática, sem a possibilidade de serem analisados num contexto económico. Para outros autores, porém, a lista de cláusulas consideradas restritivas *per se* seria demasiado extensa. Somente as imposições ao nível dos preços e a proteção territorial absoluta seriam restritivas pela sua própria natureza ou pelo seu objeto²⁴¹. Ora a alínea a) do art. 4.º do Regulamento 330/2010 determina que não será aplicável a isenção automática quando o comprador não seja livre de determinar o preço de venda. De facto, a concorrência a nível dos preços praticados pelos distribuidores constitui uma das modalidades clássicas de concorrência intramarca²⁴². No parág. 223 das *Guidelines* é expressamente determinado que as restrições aos preços de revenda impedem a aplicação da isenção automática. Será possível, embora no entendimento da Comissão pouco provável, que a fixação de um preço de revenda

²³⁹ Criticando a denominação “restrições pelo objeto” Gianni Stefano, *The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions*, E.C.L.R. Issue 12, 2010, p. 488 refere que: “These practices sometimes are mistakenly confused with “restrictions by object”, which are roughly analogous to *per se* restrictions in the United States. In truth, a *hardcore* restriction merely is an arrangement which precludes the exemption of the whole arrangement containing it.”

²⁴⁰ Vide Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, *op. cit.*, p. 1303: “There is little doubt that the rules the European Commission (“Commission”) has decided to maintain for RPM are not aligned with the economic goals of European competition law. This in itself should be an uncontroversial conclusion that does not require further discussion.”

²⁴¹ Neste sentido vide Miguel Gorjão-Henriques e Miguel Sousa Ferro, *ob. Cit.*, p. 120: “On the other hand, any vertical agreements meeting the requirements of the Regulation, but containing certain types of *hardcore* restrictions are excluded from the scope of the block exemption. This is based on the idea that certain types of competitive restrictions are serious enough and always justify interdiction or at least be subject to individual assessment on the basis of article 101(3) of the TFUE and thus the entire agreement may also be reviewed.”

²⁴² Importa frisar que no acórdão METRO I Proc. 26/76- *Metro*- de 25 de Outubro de 1977 (...) o Tribunal declarou que “A concorrência de preços, por muito importante que seja – de tal forma que não poderá nunca ser eliminada - não constitui a única forma de concorrência eficaz, nem à qual se deva, em qualquer circunstância, atribuir uma prioridade absoluta.”

possa vir a obter uma isenção individual²⁴³, necessitando que as empresas demonstrem que “a imposição dos preços de revenda no seu acordo é suscetível de dar origem a ganhos de eficiência e demonstrarem que se encontram reunidas as condições previstas no art. 101 nº 3”. No considerando 225 das *Guidelines* é ilustrada esta possibilidade: “Especialmente quando um fabricante introduz um novo produto, a imposição dos preços de revenda pode contribuir, durante o período transitório de expansão da procura, para induzir os distribuidores a tomarem melhor em consideração o interesse dos fabricantes em promover o produto.” Em complemento, refere-se ainda que “A imposição dos preços de revenda pode proporcionar aos distribuidores os meios necessários para aumentar os seus esforços de venda (...) o que beneficiará igualmente os consumidores. Assim, são duas as situações que podem servir de base a uma justificação para a imposição de preços de revenda: o lançamento de um novo produto e a coordenação de uma campanha promocional. Na redação final das *Guidelines* não se encontra referida a entrada de uma “nova marca” no mercado como uma situação exemplificativa da concessão de isenção individual, contrariamente à versão preliminar que estendia o exemplo à nova marca ou ao novo produto.

De sublinhar ainda que também não é referido um “produto inovador”, mas simplesmente um novo produto. No entanto, o conceito de novo produto é diferente de nova marca. Neste último caso, o produto pode não ser novo no mercado e ser portador de uma marca diferente. Porém, a entrada de um novo produto pode implicar riscos elevados associados à entrada de uma nova marca de um produto já conhecido pelos consumidores que assim justifique uma proteção suplementar ao investimento realizado.

A abertura manifestada pela Comissão ao considerar que, a imposição de preços de revenda poderia ser objeto de uma isenção, estará em consonância com

²⁴³ Sobre esta abertura prevista nas Orientações sobre as restrições *Hardcore* vide Magdalena Brenning-Louko *et. al.*, *Vertical agreements: new competition rules for the next decade op. cit.*, p. 16: “(...) there is a double presumption namely that the agreements will have actual or likely negative effects and therefore fall within article 101(1), and it will not have positive effects that fulfill article 101 (3). This is, however, rebuttable: in individual cases the parties can bring forward evidence under article 101 (3) that their agreement leads, or is likely to lead to efficiencies that outweigh the negative effects.”

a jurisprudência norte-americana expressa no acórdão *Leegin*.²⁴⁴ Com efeito, antes deste acórdão, a imposição de preços mínimos de revenda eram analisadas segundo o princípio de que “agreements fixing minimum resale prices are per se illegal”. A diferença conhecida entre a aplicação da “*rule of reason*”, típica do direito *antitrust* norte-americano e a aplicação das regras de concorrência comunitárias, nomeadamente a concessão de isenção prevista no n.º 3, do art. 101.º, permite um raciocínio comum, evidenciando que a imposição de preços de revenda pode, de facto, não constituir uma violação do direito da concorrência.

4. O Impacto do Acórdão *Leegin* na Europa

Apenas alguns anos atrás, a maioria dos autores teriam previsto que a revisão das BER e respetivas orientações²⁴⁵ na Europa seria relativamente pacífica e sem grandes interferências. Seria de esperar que, após as reformas ocorridas em 1999²⁴⁶, não existissem grandes mudanças no regime de restrições verticais. Na verdade, a maioria teria suspeitado que o conjunto de regras firmemente entrincheiradas com base em formulários que declaravam certas restrições de distribuição, incluindo as RPM, como *hardcore* e uma violação da lei seriam dados adquiridos. Esta situação foi alterada substancialmente com a decisão do ST no caso *Leegin*²⁴⁷. Era inevitável que estes desenvolvimentos, que coincidiram com a revisão das restrições verticais na Europa desencadeariam uma discussão política no velho continente sobre a forma como o regime das restrições verticais existentes poderia ser melhorado para que a aplicação da lei da concorrência em processos RPM refletisse mais estes desenvolvimentos no bem-estar dos consumidores e na lei da concorrência europeia.

Com esta análise pretendia-se de igual modo, aliviar as preocupações que acordos e políticas RPM comportam fora da zona de “conforto” das *hardcore restrictions* e a conversão automática da análise RPM num pântano de inquéritos

²⁴⁴ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) , Supreme Court of the United States, 28 de Junho de 2007.

²⁴⁵ Regulamento n.º 2790/1999, atual 330/2010 e Orientações 2010.

²⁴⁶ Vide Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, op. cit., nota 3, p. 1300: “The *block exemption* on vertical agreements and its corresponding *guidelines* were regarded as a successful first step toward an economics-based evaluation of vertical restraints focused primarily on market power concerns, and away from the traditional, form-based and *block exemption* dependent approach that sought to micromanage how firms would use vertical restraints.”

²⁴⁷ Acórdão *Leegin* 2007.

intermináveis e difíceis requisitos de prova, onde, no final, uma autoridade requerente da concorrência quase invariavelmente perde, mesmo nos casos onde a RPM é prejudicial. Existem poucas dúvidas de que as regras que a Comissão Europeia decidiu manter para a política RPM ²⁴⁸ não estão alinhados com os objetivos económicos do direito europeu da concorrência uma vez que estas regras injustificadamente limitam a capacidade das autoridades da concorrência e dos tribunais para reunirem a experiência e evidência empíricas necessárias em casos RPM com vista a desenvolver melhores métodos de análise distinguindo entre o que é prejudicial ou os benefícios dos casos de RPM para a concorrência. O TJUE e a Comissão consideraram que durante décadas a RPM constituía uma restrição da concorrência por "objeto", ou seja, uma restrição grave da concorrência que, invariavelmente, violava o art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Assim, a RPM não era, em princípio, sujeita a qualquer justificação de qualquer natureza. Esse cenário, alterou-se por completo em 2007 com o acórdão *Leegin* no qual deixou de se avaliar a RPM como uma violação *per se* da lei *antitrust* e passou a ser objeto de uma análise ao abrigo de uma regra da razão.

O impacto inicial chave do *Leegin* na UE é refletido num acórdão do Tribunal de Justiça de 2008 no processo *Cepsa*²⁴⁹. O Tribunal considerou que se a distribuidora está obrigada a cobrar um preço de venda fixo ou mínimo imposto pela fornecedora, esse contrato seria abrangido pela proibição prevista no art. 101.º, n.º 1 do TFUE, somente se o seu objeto ou o efeito restringisse significativamente a concorrência no mercado comum e se fosse suscetível de afetar o comércio entre Estados²⁵⁰. O Tribunal de Justiça indicou ainda claramente que um acordo vertical contendo uma obrigação RPM não se insere necessariamente no âmbito do art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Isto foi implicitamente revogado em 1985 pelo Tribunal de Justiça no caso *Binon*, onde tinha já sido declarado que a RPM constituía, pela sua própria natureza, uma restrição da concorrência nos termos do art. 101.º, n.º 1 do TFEU²⁵¹. O Tribunal afirmou esta nova abordagem para avaliar a RPM no seu Acórdão de 2009, no caso *Pedro IV*

²⁴⁸ Vide Orientações 2010 sobre restrições graves no âmbito do regulamento de isenção por categoria, para. 47 e seguintes.

²⁴⁹ Acórdão CEPSA Estaciones de Servicio SA, C-279/06, 2008, ECR I-6681.

²⁵⁰ Vide Filippo Amato e Jones Day, *RPM in the European Union: Any developments since Leegin?*, *op. cit.*, p. 3.

²⁵¹ Acórdão Binon, Proc. C-243/83, 1985, ECR 201, 44.

*Servicios*²⁵². O debate desencadeado pelo acórdão *Leegin* teve mais um grande impacto na UE com respeito à adoção pela Comissão de novas Orientações relativas às restrições verticais em 2010, que substituíram as antigas orientações relativas às restrições verticais de 1999. De facto, nas antigas Orientações, a Comissão limitou-se a afirmar que a RPM era uma "restrição grave" (isto é, se um acordo continha tal restrição, isso impediria o mesmo de beneficiar do porto seguro concedido pelo Regulamento relativo à isenção por categoria das restrições verticais). As novas Orientações relativas às restrições verticais analisam mais detalhadamente este tema. No entanto, a Comissão confirma, nestas novas Orientações, que a RPM constitui uma *hardcore restraint*²⁵³.

Aliás, a Comissão vai ainda um pouco mais longe, entrando em clara contradição com o acórdão *CEPSA*, quando afirma que, quando uma restrição grave é incluído num acordo vertical, esse acordo presume-se abrangido pelo art. 101.º, n.º 1 do TFUE e não é provável que satisfaça as condições estatuídas no art. 101.º, n.º 3 do TFUE²⁵⁴. Sem prejuízo, a Comissão, mesmo no que diz respeito às restrições *hardcore*, considera que as empresas podem demonstrar efeitos pró-concorrenciais nos termos do art. 101.º, n.º 3 num caso individual²⁵⁵. Especificamente com relação à RPM, a Comissão diz que este tipo de acordos tem uma dupla vertente, ou seja, não só pode restringir a concorrência, mas pode também, e em particular, quando é impulsionada pelo fornecedor permite ganhos de eficiência, que deverão ser avaliados nos termos do art. 101.º, n.º 3²⁵⁶. A Comissão fornece ainda alguns exemplos de onde tais eficiências, reconhecidamente poderiam surgir²⁵⁷. De qualquer modo, parece existir uma certa contradição entre o entendimento formal das Orientações da CE e as decisões do TJUE.

²⁵² Acórdão Pedro IV *Servicios*, Proc. C-260/07, 2009, ECR-2437, 82.

²⁵³ Orientações sobre restrições verticais 2010, para. 48.

²⁵⁴ Orientações sobre restrições verticais 2010, para.47.

²⁵⁵ Orientações sobre restrições verticais 2010, para.48.

²⁵⁶ Orientações sobre restrições verticais 2010, para.225.

²⁵⁷ Orientações sobre restrições verticais 2010, para.225: " Da mesma forma, os preços de revenda fixos, e não apenas os preços de revenda máximos, podem ser necessários para organizar, num sistema de franquia ou num sistema de distribuição semelhante que utilize um formato de distribuição uniforme, uma campanha coordenada de preços baixos a curto prazo (2 a 6 seis semanas na maior parte dos casos), que será igualmente benéfica para os consumidores. (...) A imposição dos preços de revenda pode contribuir para evitar este parasitismo a nível da distribuição."

5. Novas regras de análise dos acordos e políticas RPM estabelecidas pela Comissão. A falta de audácia da Comissão

De acordo com o Regulamento n.º 330/2010, não obstante o acórdão *Leegin* e algumas decisões do TJUE, a RPM (na vertente da fixação de preços ou fixação de preços mínimos), continua a ser considerado uma restrição "hardcore", que normalmente não pode cumprir com os critérios previstos no art. 101.º, n.º 3, do TFUE embora as Orientações de 2010 tenham aberto a porta para a defesa de possíveis situações de eficiência relacionados com a entrada no mercado²⁵⁸. Como resultado, as regras estritas contra a RPM foram salvaguardadas, sendo que na Europa se moveu em direção a um regime de concorrência mais orientado para o bem-estar do consumidor. Dada a rica discussão sobre a RPM na Europa desde o acórdão *Leegin*, é dececionante que a Comissão, a instituição com a responsabilidade principal para o desenvolvimento da política da concorrência, tenha decidido jogar pelo seguro²⁵⁹ e manter o quadro jurídico existente desde há anos para os acordos RPM com mudanças apenas marginais que terão poucos efeitos práticos²⁶⁰. As justificações da Comissão para caracterizar a RPM como uma violação *hardcore*, encontradas nas Orientações de 2010, não cumprem os requisitos de um regime de concorrência baseada nas questões económicas. De igual modo, importa salientar que as Orientações também não tentam justificar a caracterização *hardcore* da RPM (quando corresponda a um preço fixo ou mínimo) na regulação derivada das BER, argumentando que a RPM tem como consequência

²⁵⁸ Vide Orientações sobre as Restrições Verticais 2010, para. 117 em que se analisam os obstáculos à entrada de novas empresas e os seus efeitos negativos.

²⁵⁹ Vide neste sentido Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, ob. cit., p. 122: "(...) critics of Article 101(1) complain that it is applied to too many agreements; they argue for the application of a 'rule of reason', which would result in fewer agreements being caught. The judgments that have just been discussed raise the question of whether the EU Courts have adopted a *rule of reason* under Article 101(1). Discussion of the *rule of reason* under Article 101(1) is often very imprecise. It is sometimes used as little more than a slogan by opponents of the judgments of the Courts and, in particular, decisions of the Commission. In so far as the call for a *rule of reason* is a request for good rather than bad, or reasonable rather than unreasonable, judgments and decisions, no one could disagree with it. However, if proponents of the *rule of reason* mean that US jurisprudence on the *rule of reason* under the *Sherman Act* 1890 should be incorporated into EU competition law, this seems to be misplaced: EU law is different in many ways from US law, not least in that it has the 'bifurcation' of Article 101(1) and Article 101(3), which does not exist in the *Sherman Act*, and that it is concerned with the promotion of a single market as well as with conventional competition law concerns."

²⁶⁰ Crítica apontada por Andreas P. Reindel, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach* op. cit., p. 1318.

preços mais altos e, portanto, é, presumivelmente, ilegal²⁶¹. No entanto, não possa deixar de colocar em crise estes argumentos pelos motivos já apresentados no capítulo I pelas inúmeras vantagens e benefícios associados às políticas e acordos RPM, conforme vaticinado por diversos autores de referência nestas matérias. Neste sentido, um teste sobre os efeitos da RPM com base somente no preço é completamente inútil para o desenvolvimento de uma política RPM²⁶². Importa ainda frisar que as Orientações também não tentam explicar porque razão seria difícil criar regras que razoavelmente distinguissem entre casos em que a RPM é prejudicial e casos em que a RPM cria eficiências.

Mesmo os autores mais céticos em relação a alguns casos de RPM acabam por dar a mão à palmatória e reconhecer que existem situações em que a RPM cria eficiências, pelo que seria desejável desenvolver abordagens analíticas mais reais que pudessem identificar com segurança estas situações. Assim, sendo, o quadro normativo resultante da reforma ocorrida em 2010, acaba por fazer perpetuar uma análise negativa da RPM²⁶³. Dado o quadro institucional e processual para o art. 101.º do TFUE no que diz respeito ao *enforcement* na Europa não será necessário que uma autoridade requerente ou a autoridade da concorrência reúnam e apresentem factos necessários para uma avaliação de efeitos competitivos em casos de RPM. Aliás, seria estrategicamente imprudente incluir quaisquer afirmações sobre os efeitos concorrenciais num caso ou decisão. Isto irá inibir um processo em que as autoridades da concorrência e os tribunais têm a oportunidade de compreender melhor os efeitos da RPM e formar uma análise nesse sentido, mesmo que todos concordem que existem cenários realistas em que a RPM não pode apoiar os resultados de conclusão.

²⁶¹ Vide Orientações sobre as Restrições Verticais, 2010, para. 47.

²⁶² Vide Acórdão *Leegin* em que se rejeita que o argumento dos preços elevados resultantes de uma política RPM justifiquem a imediata condenação da mesma.

²⁶³ A este propósito, Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, op. cit., p. 1321 refere que: "This is the greatest weakness of the Commission's approach although economic research and the limited empirical evidence available to date make it clear that it is impossible to assume that RPM schemes almost invariably harm consumer welfare, the "blacklisting" of RPM perpetuates a situation where RPM schemes will not be seriously examined."

6. O Futuro. *Private Enforcement*

Com efeito, após a descentralização da aplicação do direito da concorrência da UE introduzida pelo Regulamento 1/2003²⁶⁴, a maioria dos casos de restrições verticais são agora tratados pelos tribunais nacionais e pelas autoridades nacionais da concorrência²⁶⁵. Aliás, uma revisão da jurisprudência nacional dos Estados-Membros da UE sobre a RPM nos anos seguintes ao *Leegin* indica que as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais na UE continuam a mostrar uma abordagem hostil perante um acordo RPM.. Neste sentido, a abordagem da UE parece estar mais em linha com o entendimento da recente jurisprudência nos EUA e respectiva doutrina económica sobre o tratamento dos acordos RPM. Nas Orientações, por via de uma abordagem com base em presunções, é possível fundamentar que os acordos RPM produzem eficiências, tendo a Comissão um papel essencial na apreciação de prováveis efeitos negativos reais de tais acordos e na apreciação se os ganhos de eficiência ultrapassam os efeitos negativos e se estão cumpridas as restantes condições estatuídas no n.º 3, do art. 101.º do TFUE (balanço económico).

Caso tal se verifique o acordo será considerado admissível²⁶⁶. Os relatórios sobre a jurisprudência nacional nos Estados-Membros, confirmam que as autoridades nacionais da UE e os tribunais continuam a considerar a RPM como uma restrição por objeto, nos termos do art. 101.º, n.º 1 do TFEU e são relutantes em aceitar a defesa da eficiência nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFEU. Como alguns autores observaram e com razão, a abordagem negativa da RPM na UE é agravada pelo facto de que a Comissão considera que se presume que a RPM cai dentro do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, mesmo quando as partes no acordo têm uma quota de mercado baixa. Considerando o que antecede, apesar do acórdão *Leegin*, a abordagem da RPM não se alterou substancialmente na UE.

²⁶⁴ Vide Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts 81.º e 82.º do Tratado, atualmente arts 101.º e 102 do TFUE, JOCE L1/1, de 1.4.2003.

²⁶⁵ Vide *RPM in the European Union: Any developments since Leegin?*, op. cit., p. 5.

²⁶⁶ O foco da CE está mais virado para as restrições *intra-brand* sendo que se reconhece que os acordos verticais tendem a ter efeitos favoráveis na concorrência. Neste sentido Vide Miguel Gorjão-Henriques e Miguel Sousa Ferro, *The Latest Reform of EU Competition Law on Vertical Restraints*, op. cit., p. 117: “In this context, the European Commission generally recognized that vertical agreements tend to be beneficial to competition (...) to extent that they favored *interbrand* competition and widened consumers’ margin of choice”.

De acordo com as Orientações, é teoricamente possível afirmar que um acordo RPM produz ganhos de eficiência nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE e, portanto, não são abrangidos pela proibição do art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Na prática, no entanto, será sempre muito difícil, se não quase impossível, persuadir uma autoridade da concorrência nacional ou um tribunal nacional que este é, de facto, o caso. A abordagem da Comissão parece inconsistente com os julgamentos pós-*Leegin* do Tribunal de Justiça no caso *CEPSA* e no caso *Pedro IV Servicios*, onde o Tribunal de Justiça decidiu que um acordo contendo uma política RPM não se insere necessariamente no âmbito do art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Sem mais orientações do Tribunal de Justiça quanto ao facto de saber se a RPM deve qualificar-se como uma restrição da concorrência por objeto ou por efeito, e em que circunstâncias ela pode escapar da proibição do art. 101.º, n.º 1 do TFUE (ou porque não restringe sensivelmente a concorrência ou porque produz ganhos de eficiência, nos termos do n.º 3 do art. 101.º) é improvável que a atitude negativa das autoridades nacionais de concorrência da UE e dos tribunais nacionais em relação a RPM possa mudar no futuro.

CAPÍTULO IV - Análise de Decisões da Autoridade da Concorrência sobre Acordos Verticais de fixação dos preços mínimos de venda ao público em violação do disposto na Lei da Concorrência e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE.

1. Breves notas sobre o regime da concorrência em Portugal fruto da Lei n.º 19/2012

Como nota prévia, dada a extensão do tema que me propus tratar não será feita uma análise do novo regime da concorrência em Portugal decorrente da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio²⁶⁷, regime este que será meramente afluído e debruçar-me-ei, essencialmente, sobre algumas das principais decisões da AdC em matéria de restrições verticais relacionadas com a delimitação do preço de

²⁶⁷ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (*Diário da República*, 1.ª série, N.º 89, 8 de Maio de 2012), aprovou o novo regime jurídico da concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (anterior lei da concorrência), e a Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto (anterior lei da clemência), e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro (lei da imprensa).

revenda. Acresce ainda que, considerando o princípio do primado da ordem jurídica comunitária sobre o direito interno dos Estados-Membros, com aplicação direta dos Regulamentos (sem necessidade de serem vertidos nas ordens nacionais) e ainda do seu efeito sobre as questões atrás analisadas, o entendimento dos acordos RPM no direito comunitário e a análise já efetuada, valerá de igual modo para o direito interno. Em Portugal, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (LdC), entrou em vigor no dia 9 de julho de 2012 estabelecendo o novo regime jurídico da concorrência tendo como principais objetivos uma maior harmonização com o direito vigente na UE. A nova lei da concorrência constitui uma das reformas que visou reforçar a competitividade estrutural da economia, assente no Memorando de Entendimento²⁶⁸, celebrado entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional²⁶⁹. Este novo regime é de curial importância na medida em que cria condições para uma fase mais exigente na aplicação das regras de concorrência em Portugal nesta área. Importa sublinhar que o novo regime tem linhas de continuidade com a anterior lei da concorrência- Lei n.º 18/2003, de 11 de junho - sendo que quanto aos tipos previstos pelos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003, a Lei n.º 19/2012 prossegue, no essencial, a uma harmonização textual com os artigos 101.º e 102.º do TFUE. Não obstante, não existe total coincidência na medida em que o direito nacional não exige, para a sua aplicação, a afetação do comércio entre Estados-membros, sendo este um requisito de competência da UE que incorpora, de certo modo, uma aplicação originária do princípio da subsidiariedade.

De igual modo, a justificação deste tipo de práticas, conhecida como balanço económico, agora previsto no art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, ganha uma importante clarificação que resulta já da jurisprudência da UE e que, por via das alterações introduzidas pelo novo regime, há uma tentativa de harmonização com o disposto no Regulamento 1/2003. Assim, na medida em que o poder económico se traduz em poder de mercado, com vista a permitir delimitar ou fixar preços acima do nível concorrencial, o direito da concorrência exerce uma função fiscalizadora desse poder, procurando eliminar as restrições do livre jogo da

²⁶⁸ Portugal: *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, 17 de maio de 2011.

²⁶⁹ Vide neste sentido Gonçalo Anastácio e Alberto Savedra, *A Nova lei da Concorrência Portuguesa, Notas Preliminares*, Ordem dos Advogados, p. 327, disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>

concorrência que podem permitir a aquisição, o reforço ou o próprio exercício desse poder de mercado. Importa salientar que a própria Constituição da República Portuguesa estabelece, como uma das missões prioritárias do Estado, a de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (art. 81.º, al. f) da CRP)²⁷⁰. O novo regime jurídico da concorrência determina, deste modo, que compete às empresas que alegam o benefício do balanço económico fazer prova do preenchimento dos requisitos legais. Tal como no sistema europeu, isto não põe em causa o dever da AdC avaliar oficiosamente os elementos disponíveis no processo. Na eventualidade de esses elementos serem insuficientes para formar uma convicção de preenchimento do balanço económico, a AdC poderá considerar que a prática em apreço não é justificada pelo art. 10.º, n.º 1 da LdC.

Importa ainda realçar o desaparecimento do âmbito da UE a 1 de maio de 2004, do procedimento de avaliação prévia, previsto pelo art. 5.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003. Em consequência e com vista a evitar conflitos com o direito da UE a AdC afastou, do âmbito do procedimento de avaliação prévia, práticas que fossem abrangidas pelo referido art. 101.º, n.º 1 do TFUE. Por último, de destacar que, conforme referido pelos autores *Jullien e Rey*²⁷¹ a atitude das autoridades administrativas da concorrência varia entre os países, mas consensualmente tratam as restrições de preços de forma mais rigorosa e crítica do que as restantes restrições. Em particular, a RPM, onde os preços de retalho são fixados pelos produtores ao invés dos distribuidores, são muitas vezes considerados ilegais *per*

²⁷⁰ Neste sentido vide Miguel Moura e Silva, *As Práticas Restritivas da Concorrência na Lei n.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos*, Revista do Ministério Público, vol. 35, n.º 137, 2014, p. 3 disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2468752>: “Contrariamente à visão que alguns procuram recorrentemente popularizar, apelando a um regresso a velhas formas de protecionismo, a melhor forma de assegurar a competitividade internacional das empresas de um determinado país consiste em submetê-las ao estímulo da concorrência no seu mercado interno.”

²⁷¹ Bruno Jullien e Patrick Rey, *Resale Price Maintenance and Collusion*, GREMAQ and IDEI, Université des Sciences Sociales Toulouse, May 9, 2000, p. 3, disponível em: http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/by/jullien/jullien_rey.pdf referem que: “Although competition authorities’ attitude towards vertical restraints varies substantially across countries, price restrictions are often treated less favorably than non-price restrictions such as exclusive territories, selective distribution, etc. While there are some variations according to the nature of the price restriction (advertised or recommended prices, price floors, price ceilings, etc.), Resale Price Maintenance (RPM, whereby retail prices are set by manufacturers rather than by distributors) is for example generally viewed as *per se* illegal or, at the very least, as most probably undesirable.”

se conforme é o caso em Portugal. O regime jurídico nacional da concorrência, que disciplina as restrições verticais, vertido nos artigos 9º e 10º da LdC, corresponde, no essencial, ao art. 101º do TFUE. A aplicação do regime de exceção, previsto no n.º 3 do art. 101º do TFUE, a um acordo restritivo pressupõe o apuramento da verificação cumulativa das condições de eficiência, de benefício dos utilizadores, de indispensabilidade e de preservação da concorrência. Passemos agora à análise de alguns casos de restrições verticais de fixação de preços analisadas pela AdC em sede dos processos contraordenacionais instaurados.

2. Análise das Decisões da Autoridade da Concorrência sobre Acordos Verticais Acordos de fixação dos preços mínimos de venda ao público em violação do disposto na Lei da Concorrência e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE.

2.1. PROC. 2010/04 - Processo contraordenacional. Arguida: Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.²⁷²

2.1.1 Breve resumo

No seguimento de um processo de investigação oficioso levado a efeito pela AdC, na sequência de indícios da implementação de acordos verticais de fixação de preços nos contratos celebrados pela Lactogal-Produtos Alimentares S.A. (Lactogal) com os seus distribuidores do canal Horeca, a AdC condenou em 2012 a Lactogal, por práticas lesivas da concorrência nos mercados da distribuição e comercialização de produtos lácteos no canal Horeca, em Portugal. A Lactogal celebrou 59 contratos de distribuição de laticínios com 55 distribuidores ativos no canal HORECA (Hotéis, Restaurantes e Cafés) entre 2003 e 2006 sendo que por via destes contratos, os distribuidores ficavam obrigados a respeitar os preços de revenda e as margens comerciais pré-estabelecidas pela Lactogal fixando ainda as margens de comercialização e de outras remunerações diretas e indiretas dos seus distribuidores. A interferência na determinação dos preços por parte da Lactogal, consubstanciou uma infração nos termos do n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, uma vez que tinha como objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível, a

²⁷² Decisão AdC, Proc. 2010/04 disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>.

concorrência²⁷³. Na cláusula 5.^a dos contratos estabelecia-se que: “1. (...) o segundo outorgante (o distribuidor) fica obrigado a praticar e respeitar, como preços mínimos obrigatórios, os preços de venda pré-tabelados pela Lactogal, ficando desde já estabelecidos, a partir da data que antecede as assinaturas do presente contrato e até alterações futuras, os preços que constam da tabela que fica junta e a constituir o Anexo IV. 2. As margens de comercialização e as demais remunerações, diretas ou indiretas, do segundo outorgante por esta sua atividade de compra e venda, bem como o seu modo e forma de pagamento, vão definidas no Anexo V²⁷⁴. O distribuidor ficava ainda obrigado a, nos termos do n.º 1, da cláusula 8.^a dos referidos contratos “(...) b) a praticar preços de revenda aos clientes por si fornecidos no respeito pelas tabelas e pela faturação da Lactogal²⁷⁵.” O incumprimento pontual de qualquer obrigação permitia a resolução do contrato por parte da Lactogal por incumprimento do distribuidor. De forma resumida, no âmbito do processo de inquérito a Lactogal apresentou as seguintes justificações em sua defesa: a) a Lactogal fez-se substituir pelos seus distribuidores mas estes funcionavam como se fossem a própria Lactogal tendo esta o direito de praticar o preço que quisesse em relação ao canal específico em causa; b) apenas alguns dos seus clientes respeitavam os preços definidos; c) os clientes passaram pouco tempo depois a praticar os preços e as margens que entenderam e os preços passavam a ser diretamente estabelecidos pelos clientes²⁷⁶. A Lactogal alegava que teve experiências muito desagradáveis de operadores que aproveitavam as diferenças de preços no mercado e atuavam, não como grossistas ou distribuidores mas como arbitragistas financeiros em que os produtos vendidos pela Lactogal eram desviados e vendidos para a Cash & Carry’s. A Lactogal defendeu ainda que a partir de 2005, os distribuidores ficaram livres para estabelecerem o preço de revenda aos seus clientes.

²⁷³ Decisão AdC, Proc. 2010/04, p. 3: “ (...) a AdC solicitou à Lactogal o envio de cópia dos seus contratos celebrados pela Lactogal com os seus distribuidores revelou a existência de indícios de um acordo vertical de fixação de preços de revenda (...).”

²⁷⁴ Vide neste sentido a decisão da AdC, Proc. 2010/04, parágrafo 70.º. p. 21.

²⁷⁵ Idem, parágrafo 71, p. 22.

²⁷⁶ Decisão AdC, Proc. 2010/04, parágrafos 30 e segs., p.10.

2.1.2. Apreciação jurídica e económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento

Dos factos atrás enunciados a Adc, na análise jurídica e económica que realizou dos mesmos concluiu que a Lactogal desde o ano de 2003 fixou, através de vários contratos de distribuição os preços de revenda a praticar pelos seus distribuidores no canal Horeca impondo, em particular, preços de revenda mínimos obrigatórios e fixando as margens de comercialização dos mesmos, estando por isso, no entendimento da AdC, preenchido o tipo objetivo. Em conformidade com o Regulamento n.º 330/2010 e a Ldc, afasta-se do âmbito da isenção os acordos que contenham restrições verticais que tenham por objeto a “restrição da possibilidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda.” Nos termos das alíneas 1 e 2 da cláusula 8.^a dos contratos, a Lactogal fixou diretamente os preços de revenda dos seus produtos tal como as margens de comercialização e as demais remunerações diretas e indiretas dos distribuidores. Em matéria de preços de revenda os distribuidores por via dos contratos estão proibidos de fixar preços inferiores ou diferentes dos preços fixados pela Lactogal. A AdC concluiu assim que os preços mínimos de revenda impostos pela Lactogal restringiam a capacidade dos distribuidores poderem competir entre si na medida em que eliminavam a concorrência pelos preços dos produtos em prejuízo dos clientes finais que ficavam limitados nas suas opções de escolha e deixavam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos. O acordo celebrado entre a Lactogal e os seus distribuidores, pelo seu próprio objeto interferia com o regular funcionamento do mercado na medida em que influenciava necessariamente a formação da oferta e da procura²⁷⁷. Esta prática de imposição direta de preços de revenda mínimos ou fixos é um dos exemplos de restrições graves da concorrência por objeto direto, tal como caracterizado e qualificado pela CE nas suas

²⁷⁷ Vide decisão da Adc, Proc. 2010/04, parágrafo 154, p. 43. Neste sentido e tal como referido na decisão da AdC no Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 2009 *Pedro IV Servicios, S.L. c Total España, S.A.* Processo C-260/07 estabeleceu-se que “as cláusulas contratuais relativas aos preços de venda ao público, como as que estão em causa no processo principal, podem beneficiar da isenção por categorias ao abrigo, tanto do Regulamento n.º 1984/83, como do Regulamento n.º 2790/1999, se o fornecedor se limitar a impor o preço de venda máximo ou a recomendar um preço de venda e se portanto, o revendedor dispuser de uma possibilidade de determinar o preço de venda ao público. Em contrapartida, tais cláusulas não podem beneficiar das referidas isenções, se levarem, diretamente ou por meios indiretos ou dissimulados a uma fixação do preço de venda ao público ou a uma imposição do preço de venda mínimo pelo fornecedor.” Acórdão do tribunal de Justiça de 2/04/2009 – *Pedro IV Servicios, SL c. Total España SA*, Proc. C-260/07 disponível e em www.curias.europa.eu

Orientações relativas às restrições verticais²⁷⁸. No que concerne ao mercado relevante no caso *sub judice* é o dos seguintes produtos: leite, bebidas lácteas aromatizadas, iogurtes, manteiga e queijo sendo que os acordos de distribuição são de âmbito nacional direcionados ao mercado português pelo que a AdC na sua decisão tomou em consideração o mercado de âmbito nacional.

No que concerne ao mercado relevante no caso *sub judice* é o dos seguintes produtos: leite, bebidas lácteas aromatizadas, iogurtes, manteiga e queijo sendo que os acordos de distribuição são de âmbito nacional direcionados ao mercado português pelo que a AdC na sua decisão tomou em consideração o mercado de âmbito nacional.

2.1.3. Decisão da AdC

Em suma, a AdC após analisados os factos, considerou que o comportamento assumido pela Lactogal, ou seja, a fixação de preços mínimos de revenda ou preços fixos preenchia os elementos do tipo objetivo previstos no n.º 1, do art. 4.º da Ldc e consequentemente o objeto dos acordos celebrados era desconforme com os referidos preceitos legais pelo que seriam ilícitos. A conduta assumida pela Lactogal não estava abrangida pela isenção conferida pelo Regulamento n.º 330/2010 da Comissão. Por outro lado, admitindo que este tipo de acordos restritivos da concorrência, apesar da sua gravidade, pudessem ser justificados pelas partes, dos elementos constantes dos autos, a AdC não conseguiu encontrar os elementos cumulativos consagrados no n.º 1, do art. 5.º da Ldc o que, concomitantemente impossibilitou a sua aplicação. No que concerne à análise efetuada ao carácter necessário de uma restrição, ela implicou um duplo exame, tendo sido necessário aferir (i) se a restrição era objetivamente necessária à realização da operação principal e, por outro lado, se (ii) se era proporcional em relação a esta. Ora, sucede, porém que os argumentos apresentados pela Lactogal não foram suscetíveis de ser enquadrados como efeitos pró-concorrenciais que pudessem contribuir e justificar ganhos de eficiência. No entendimento da AdC a restrição relativa à manutenção de preços no canal Horeca beneficiava a própria Lactogal em prejuízo dos consumidores não sendo necessária, nem proporcional para assegurar a venda dos produtos neste canal através de uma rede de

²⁷⁸ Idem, parágrafo 159, p. 44.

distribuidores. Importa ainda frisar que da análise efetuada não se conseguir retirar que as restrições aplicadas pela Lactogal cumprissem com alguns dos objectivos indicados pela Orientações de 2010 em que os acordos verticais são suscetíveis de contribuir para ganhos se eficiência a saber: (i) solucionar problemas de parasitismo, (ii) abrir novos mercados ou entrar em novos mercados (iii) o reconhecimento do parasitismo, (iv) o denominado problema da “captividade”, (v) economias de escala ao nível da distribuição (vi) imperfeições no mercado de capitais (vii) uniformidade e normalização da qualidade. Em face do que antecede, a AdC decidiu condenar a Lactogal ao pagamento de uma coima no valor de 341.098,00 € por fixar preços mínimos de revenda dos seus produtos, bem como as margens de comercialização e outras remunerações diretas ou indiretas dos seus distribuidores no canal Horeca numa clara violação das regras de concorrência, mais concretamente uma violação do disposto no n.º 1, do art. 4.º, da Lei n.º 18/2003.

2.1.4. Recursos apresentados pela Lactogal. Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão de Santarém e Tribunal da Relação de Lisboa

Na sequência de recurso de impugnação apresentado pela Lactogal da decisão de condenação da AdC, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém, por sentença de 24/05/2013, manteve, na totalidade, a condenação aplicada pela AdC à Lactogal pela prática de uma contraordenação por infração ao art. 4.º da Lei n.º 18/2003. A prática da Lactogal que determinou a decisão da AdC, no entendimento corroborado pelo Tribunal, configurava uma restrição vertical da concorrência proibida por lei. A coima aplicada pela AdC foi de igual modo mantida pelo Tribunal.

O Tribunal da Relação de Lisboa por decisão de 29/01/2014 ²⁷⁹ confirmou de igual modo a decisão da AdC de condenação da Lactogal e reafirmou a decisão do tribunal *a quo*. O tribunal *a quo* referia que não existiam dúvidas de que a fixação de preços era apta a afetar a concorrência e, como tal, deveria ser considerada uma restrição sensível da concorrência nos termos da alínea a), do n.º 4 do Regulamento n.º 330/2010 da Comissão referente à aplicação do n.º 3, do art. 101.º do TFUE de que decorre que a fixação de preços mínimos de revenda no

²⁷⁹ Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, Proc. 18/12.OYUSTR.E1.L1.

âmbito de um acordo vertical é considerada uma restrição grave à qual não é aplicada uma isenção. A simples vigência do contrato, apesar de não estar a ser executado parcialmente nas cláusulas referentes à política de preços, implicava riscos de lesão do valor da livre concorrência. Tendo existido uma violação da concorrência em virtude do objeto do clausulado contratual, a AdC não tinha que empreender a prova dos efeitos anti concorrenciais derivados da execução contratual, estando, por isso, preenchidos os elementos objetivos do tipo contraordenacional. Tal como aludido pela AdC, a conduta além de típica era ilícita pois não estava abrangida pela isenção conferida pelo Regulamento n.º 330/2010, sendo que o art. 4.º, alínea a) do mesmo exclui a aplicação da isenção aos acordos que tenham por objeto, direto ou indireto, a restrição da possibilidade de o revendedor estabelecer o seu preço de venda. Em suma, o Tribunal da Relação concordou integralmente com a decisão do tribunal *a quo* e considerou que o facto ilícito praticado pela Lactogal consistiu na inclusão nos contratos celebrados com os seus distribuidores das cláusulas 5.ª e 8.ª, sendo que o dolo ocorre porque a vontade determinante da inclusão dessas cláusulas nos contratos não sofreu alteração, sendo que conforme refere o próprio Ministério Público na contra motivação “é forçoso concluir, não só pelo espírito mas desde logo pela letra do Regulamento (CE) n.º 330/2010” porquanto “a fixação de preços de revenda pela Lactogal nos moldes previstos nos contratos, não deixa margem de liberdade aos distribuidores que lhes permita determinar efetivamente o preço de revenda dos produtos, nomeadamente através da proibição de descontos, na medida em que são fixadas também as margens de comercialização e outras remunerações – restringe a capacidade de os distribuidores poderem concorrer entre si, já que elimina a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos²⁸⁰.” No âmbito deste acórdão foi ainda referido que a própria celebração dos contratos com os distribuidores constituiu uma infração pelo objeto independentemente do resultado, não tendo o Tribunal atendido à argumentação utilizada pela Lactogal de que deixou de existir dolo a partir do momento em que a Lactogal deixou de controlar os preços praticados pelos distribuidores. No entendimento do Tribunal este argumento não teve provimento porquanto apesar de ter inexistido

²⁸⁰ Idem, p. 32.

desoneração contratual, os contratos mantiveram-se até 10 de Setembro de 2010 e o clausulado dos preços tabelados vigorou até esta data, sendo que a Lactogal manteve os seus direitos, designadamente o direito de exigir aos distribuidores a resolução dos contratos por incumprimento da política de preços e dos distribuidores, mantiveram durante todo o período até 2010, a ameaça desta possibilidade. Pelas razões atrás enunciadas, o Tribunal da Relação de Lisboa veio confirmar, não só a decisão, como o montante da coima aplicada pela AdC, o que já havia sido confirmado pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém.

2.2. PROC 2009/12. Processo contraordenacional. Arguidas: SERA GMBH e SERA PORTUGAL, Unipessoal²⁸¹

2.2.1. Breve resumo

Em Setembro de 2009, na sequência de uma denúncia efetuada por um retalhista que operava no mercado de produtos para aquariofilia através do comércio eletrónico, foi ordenada pelo ainda Conselho da Autoridade da Concorrência, a abertura de inquérito nos termos do disposto no n.º 1 do art. 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho e instruído o respetivo processo contra as empresas Sera GmbH e Sera Portugal – Unipessoal, Lda. pela existência de um acordo vertical de fixação dos preços de venda ao público recomendados como preços mínimos de venda, em violação do disposto no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e do n.º 1 do art. 101.º TFUE. A empresa Sera Portugal – Unipessoal, Lda., integralmente detida pela Sera GmbH tem por objeto a comercialização, distribuição, importação e exportação de comida para peixe, acessórios e medicamentos para peixes ornamentais e animais de companhia. O mercado nacional de produtos para aquariofilia é um mercado cuja importação e comercialização em Portugal realiza-se através de importadores/distribuidores ou de retalhistas do canal online. No seguimento da investigação, verificou-se que, desde 2008, as Arguidas impunham os preços de venda ao público recomendados como preços mínimos para os produtos da marca SERA aos seus retalhistas que operam exclusivamente através do comércio eletrónico sendo que a Sera GmbH exigiu aos seus retalhistas do canal *online*, nomeadamente ao retalhista Pet4you e

²⁸¹ Decisão AdC, Proc. 2009/12 disponível no site da AdC: <http://www.concorrencia.pt>.

ao retalhista Girafaonline, através de mensagens de correio eletrónico, a aplicação dos preços de venda ao público recomendados como preços mínimos de venda, para todos os produtos da marca SERA ameaçando que, em caso de incumprimento destes preços mínimos, cessaria os fornecimentos. O retalhista Anamilandia, confirmou à AdC a existência de uma obrigação de praticar os PVP's recomendados para todos os produtos SERA, declarando ter assinado um contrato, específico para a loja *online*, através do qual se comprometia a "cumprir os PVP's recomendados por SERA e não poder nunca vender [abaixo] desses preços²⁸²."

Por sua vez as empresas Sera Portugal e Sera GmbH excluíram do seu canal de distribuição os retalhistas que não aderiram à sua política de preços mínimos. A AdC considerou que esta forma de atuação por parte das empresas Sera Portugal e Sera GmbH não constituiu um comportamento unilateral. Pelo contrário, a referida conduta inseriu-se nas relações contratuais que as Arguidas mantinham com os revendedores *online*. As empresas Sera Portugal e Sera GmbH subordinavam ainda posteriores fornecimentos ao respeito desse ajuste de preços, controlando a efetiva aplicação dos mesmos por parte dos seus retalhistas do canal *online* sancionando de forma efetiva o incumprimento da sua política cessando o fornecimento dos produtos SERA aos retalhistas. No seguimento do Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, datado de 21 de Março de 2013, as empresas Sera GmbH e Sera Portugal – Unipessoal, Lda. foram condenadas por infração ao disposto no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e no n.º 1 do art. 101.º TFUE, sendo que estas se conformaram com a decisão não interpondo recurso da decisão condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência tendo efetuado o pagamento da coima.

2.2.2. Apreciação Jurídica e económica - O objeto ou efeito anti concorrencial do comportamento

No âmbito do processo de inquérito a AdC considerou que o acordo celebrado entre as Arguidas e os seus retalhistas do canal online tinha por objeto a restrição da concorrência, pelo que estaria, assim, preenchido um dos elementos dos tipos objetivos legais previstos no n.º 1 do art. 4.º da LdC da Lei n.º 18/2003 e no art. 101.º do TFUE. Nesta medida, ao impor aos seus retalhistas do canal online

²⁸² Vide neste sentido a decisão da AdC no Proc. 2009/12, parágrafo 318, p. 65.

a prática de preços recomendados como preços mínimos, com a consequência, no caso de incumprimento, de não receber mais encomendas, as Arguidas fixaram os preços de venda ao público dos seus produtos. A AdC considerou que a imposição de preços mínimos de venda pelas Arguidas é suficientemente adequada para restringir a capacidade dos retalhistas poderem competir com os seus concorrentes, na medida em que elimina ou reduz a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que ficam limitados nas suas opções de escolha e que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos. As Arguidas Sera Portugal e Sera GmbH contestaram o entendimento da AdC e alegaram que não "eliminaram ou sequer reduziram a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores", atendendo a que "não só os produtos continuaram a ser vendidos abaixo do PVP recomendado no canal de vendas tradicional, como também no canal de vendas online, através dos retalhistas Animalandia (...) e dos demais operadores do canal tradicional que também têm lojas online²⁸³." No entender das Arguidas, "(...) ainda que tivesse existido um acordo com vista à fixação de preços mínimos, a AdC não pode entender que tal acordo tem, obrigatoriamente, como objeto a restrição da concorrência, devendo também demonstrar o seu efeito restritivo²⁸⁴." Neste contexto, a AdC considerou que o mercado do produto relevante é "o mercado dos produtos de aquariofilia".

2.2.3. Decisão Final

Importa ter presente que a utilização da *Internet* pode ter efeitos que vão para além do território onde o retalhista está estabelecido e permite o acesso fácil a partir de qualquer ponto, possibilitando, por isso, a um cliente nacional de qualquer Estado-membro visitar o sítio Web do retalhista, contactando-o de seguida e conduzindo-o a uma venda, incluindo a entrega. Assim sendo, as condições a que as Arguidas subordinam a venda dos seus produtos aos retalhistas portugueses do canal online é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros, razão pela qual o comportamento das Arguidas preenche todos os elementos dos tipos objetivos previstos no n.º 1 do art. 4.º da LdC e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE. A AdC considerou que a atuação das empresas Sera Portugal e Sera

²⁸³ Vide neste sentido a decisão da AdC no Proc. 2009/12, parágrafo 354. P. 72.

²⁸⁴ Vide neste sentido a decisão da AdC no Proc. 2009/12, parágrafos 353 a 357, p. 72.

GmbH era suscetível de restringir sensivelmente a concorrência, pelo que estaria, assim, preenchido mais um dos elementos dos tipos objetivos legais previstos no n.º 1 do art. 4.º da LdC e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE. Efetivamente, a fixação de preços mínimos no âmbito de um acordo vertical é considerada uma restrição grave da concorrência. Face ao exposto, verificando-se o carácter sensível da restrição em causa estava assim verificado mais um dos elementos dos tipos objetivos legais do n.º 1 do art. 4.º da LdC e do n.º 1 do art. 101.º do TFUE. A AdC considerou que as alegações das Arguidas relativas a ganhos de eficiência não foram suficientemente justificadas de forma a poderem ser verificadas, sob um ponto de vista objetivo. O não preenchimento de um dos critérios enunciados no n.º 1 do art. 5.º da LdC, inviabiliza, por si só, que a prática em causa possa ser considerada justificada. Concluindo, a AdC considerou que a fixação de preços mínimos de venda é uma restrição muito grave da concorrência e que a restrição da liberdade dos retalhistas das empresas Sera Portugal e Sera GmbH em estabelecerem os seus preços de venda e de, assim, competirem entre si é de tal modo grave que é excluída do Regulamento de isenção por categoria, pelo que, o Conselho da Autoridade da Concorrência decidiu que as empresas Sera GmbH e Sera Portugal cometeram uma infração ao disposto no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003 e no n.º 1 do art. 101.º do TFUE, tendo sido aplicada uma coima no valor de 4.188,67€.

2.3. PROC. 2008/09. Processo contraordenacional. Arguida: a ROYAL CANIN (Portugal), S.A. ²⁸⁵

2.3.1. Breve resumo

O processo de inquérito aberto em 26 de junho de 2008, teve origem numa denúncia apresentada à AdC, por um retalhista contra a empresa Royal Canin, acusando-a de não permitir que se efetuassem descontos nos preços de venda ao público recomendados pela referida empresa. O denunciante referiu ainda que tinha conhecimento de que existiam lojas que faziam descontos às “escondidas” e que as lojas Auchan praticavam descontos de 10% tendo já, de acordo com a denúncia, praticado taxas de 25% de desconto.

²⁸⁵ Decisão AdC, Proc. 2008/09 disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>.

A AdC condenou a Royal Canin por celebrar com os seus retalhistas acordos que proibiam a prática de descontos sobre os preços de venda ao público por si recomendados, tendo por objeto a restrição da concorrência, violando o disposto no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Esta violação configurou uma contraordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 43.º do mesmo diploma. Durante a instrução do processo, a Royal Canin admitiu a prática da infração e antes de ser proferida a Decisão já tinha alterado as suas Condições Gerais de Venda no sentido de deixar de constar a proibição da prática de descontos sobre os eventuais preços de revenda recomendados.

A Royal Canin opera no mercado português de alimentação para animais de companhia, nomeadamente cães e gatos, sob a marca “Royal Canin”. Os produtos eram vendidos essencialmente em lojas da especialidade, denominadas *Pet Shops* e nas clínicas veterinárias para revenda, bem como a criadores de cães e gatos, para consumo próprio. Em 2008 a Arguida apresentou as suas condições gerais de venda em vigor desde 2006 e 2007 e que seriam válidas para todos os clientes, bem como as condições gerais de venda de 2008 para a compra com vista à revenda ao público no estabelecimento de que o cliente da Royal Canin é proprietário, bem como as condições gerais de fornecimento em vigor desde Outubro de 2008 para a compra para consumo próprio dos produtos²⁸⁶. A Royal Canin alegava²⁸⁷ em sua defesa que os preços de revenda ao público deviam ser adequados à imagem do produto e deveriam assegurar uma margem suficiente para os revendedores a qual, se fosse comprometida “(...) através de descontos excessivos significa[ria] pôr em risco a viabilidade do sistema de distribuição e a imagem do produto.” Face ao exposto, entendeu a Royal Canin que não devia “(...) dar incentivos à distribuição para negligenciar deveres com vista a disputar reciprocamente clientela” sendo estas, “(...) no fundo, as razões de disciplina que se procurou introduzir nos responsáveis pela venda dos produtos Royal Canin e que levou não apenas à recomendação dos preços de revenda, mas também à dissuasão do seu desrespeito.²⁸⁸”

²⁸⁶ Vide decisão da AdC Proc. 2008/09, parágrafo 94.º, p. 20.

²⁸⁷ Idem, parágrafo 96.º, p. 21

²⁸⁸ Idem, parágrafos 97.º e 98.º, p. 21.

2.3.2. Apreciação Jurídica e Económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento

Nos anos de 2006, 2007 e desde 1 de Janeiro a 30 de Outubro de 2008, a Royal Canin efetuou recomendações de preços de revenda, proibindo a prática de quaisquer descontos sobre os mesmos. No caso em análise, a AdC considerou que existia um acordo vertical entre a Royal Canin e os seus retalhistas pelo que, estaria, assim preenchido um dos elementos dos tipos objetivos legais previstos no n.º 1 do art. 4.º da LdC e no n.º 1 do art. 81.º do Tratado CE (atual art. 101.º do TFUE). A AdC considerou que a imposição efetuada pela Royal Canin no sentido de não serem efetuados descontos sobre os preços de revenda recomendados, é uma prática que não poderia ter sido implementada por esta empresa isoladamente e que teve o acordo, expresso ou tácito dos retalhistas. Concluiu, por isso, a AdC que entre a Royal Canin e cada um dos seus retalhistas foi celebrado um acordo para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 4.º da LdC e no art. 81.º do Tratado CE. A Royal Canin ao proibir nas suas Condições Gerais de Venda em vigor nos anos de 2006, 2007 e 2008 que os seus retalhistas efetuassem descontos sobre os preços de revenda recomendados, procedeu, indiretamente, à fixação de preços mínimos de revenda dos seus Produtos sendo que os retalhistas estavam impedidos de fixar preços inferiores aos preços recomendados pela Royal Canin. Concluiu ainda a AdC que, não obstante as Condições Gerais de Venda não estipularem as consequências resultantes do incumprimento das condições pelos retalhistas, o facto é que a sua não observância era geradora de responsabilidade contratual, imputável aos retalhistas²⁸⁹. Em consequência, a fixação de preços mínimos de revenda é suficientemente adequada para restringir a capacidade de os retalhistas poderem competir entre si, na medida em que elimina, ou reduz, a concorrência por via do preço praticado sobre os produtos, em prejuízo dos consumidores finais, que ficam limitados nas suas opções de escolha e que deixam de poder beneficiar de

²⁸⁹ Neste sentido e conforme referenciado na decisão da AdC, vide *Pedro IV Servicios SL v Total España, S.A.*, Caso C-260/07, *Metro-SB-Grossmärkte GmbH v. Comissão*, Caso 26/76, [1977] CJ 1875; *Binon & Cie. v. Agence et Messageries de la Presse*, Caso 243/85, [1985] CJ 2015; *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Caso 161/84, [1986] CJ 353; *European Night Services. v. Comissão*, Caso T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, CJ II-3141; *Fédération nationale de la coopération bétail et viande v. Comissão*, Casos T-217/03 e T-245/03, disponíveis em curia.europa.eu.

produtos a preços mais reduzidos²⁹⁰. Neste sentido, considerou a AdC que o objetivo prosseguido pela Royal Canin foi claramente o de evitar que os seus retalhistas disputassem clientela. Estando, assim, determinado o objeto restritivo do acordo, não seria necessário apurar se o mesmo produziu quaisquer efeitos anticoncorrenciais. Face ao exposto, verifica-se que está assim preenchido mais um dos elementos dos tipos objetivos legais previstos no n.º 1 do art. 4.º da LdC e no n.º 1 do ex-art. 81.º do Tratado CE (atual art. 101.º do TFUE). O mercado relevante do produto constitui “o mercado dos produtos para alimentação de animais de companhia, no estágio do retalho.” O mercado geográfico abrangia o mercado nacional porquanto os acordos estavam direcionados ao mercado português no qual as empresas operavam em condições de concorrência homogénea.

2.3.3. Decisão Final

Para além do facto de a fixação de preços mínimos de revenda ser expressamente proibida pelo disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 4.º da LdC os que contenham estas restrições não estão abrangidos pela isenção conferida pelo Regulamento n.º 2790/1999 da Comissão (atualmente Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril de 2010), relativo à aplicação do n.º 3 do art. 81.º do Tratado CE (atualmente art. 101.º/3 do TFUE) a determinadas categorias de acordos verticais e práticas. Em consequência, os acordos celebrados pela Royal Canin não se podem considerar abrangidos pela isenção conferida pelo regulamento em causa. Em suma, a AdC considerou que as alegações da Royal Canin de ganhos de eficiência não foram suficientemente justificadas de forma a poderem ser verificadas, sob um ponto de vista objetivo, pelo que o não preenchimento de um dos critérios enunciados no n.º 1 do art. 5.º da LdC inviabiliza, por si só, a prática em causa.

Acresce ainda que a Royal Canin não conseguiu provar que com a sua conduta reservou aos utilizadores uma parte equitativa do benefício sendo que a fixação de preços mínimos conduz à redução da concorrência intramarca, ou seja, a uma redução da concorrência entre os próprios retalhistas da Arguida. Face ao exposto, a conduta assumida pela Royal Canin, para além de ser objetivamente típica, é ilícita, dada (i) a sua desconformidade legal, (ii) a não aplicação de

²⁹⁰ Vide decisão Adc Proc. 2008/09, parágrafo 254.º, p. 52 e a respetiva referência ao processo Louis Erauw-Jacquery C. LA Hesbignonne.

qualquer isenção prevista em Regulamento Comunitário (o qual, se fosse o caso, seria aplicável por remissão do n.º 3 do art. 5.º da LdC), (iii) a inexistência de quaisquer fatores objetivos externos às partes que justifiquem a imposição de preços mínimos e (iv) a inexistência de justificação da prática adotada, em conformidade com o disposto no n.º 1 do art. 5.º da LdC. Por último, a AdC considerou que a Royal Canin ao celebrar com os seus retalhistas acordos que proibiam a prática de descontos violou o disposto no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. Tal violação constitui uma contra-ordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 43.º do mesmo diploma legal, tendo, por isso sido condenada com a aplicação de uma coima no valor de 218.529,50 €. Por último cumpre ressaltar que, tal como já referido, durante a instrução, a Royal Canin admitiu a prática da infração e antes de ser proferida a decisão final da AdC, já tinha alterado as Condições Gerais de Venda no sentido de deixar de constar a proibição da prática de descontos sobre os eventuais preços de revenda recomendados. Em 4 de fevereiro de 2010, foi proferida decisão condenatória.

2.4. PROC: 2006/13. Processo de contraordenação. Arguida: BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda. e GLINTT - Business Solutions, Lda.²⁹¹

2.4.1. Breve resumo

Este processo foi desencadeado por despacho do Conselho da AdC, em 12/10/2006, tendo subjacente a denúncia do Hospital Padre Américo -Vale do Sousa, EPE, que sustentou a sua decisão de não adjudicação no Concurso Público n.º 02/2006 para o fornecimento, montagem e parametrização de um equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos àquele hospital, considerando a constatação de indícios de eventual prática restritiva da concorrência. Estes indícios relacionavam-se, por um lado, no facto de as duas únicas empresas concorrentes no concurso público, a Baxter-Médico Farmacêutica, Lda (Baxter) e a Glintt - Business Solutions, Lda (Glintt), terem apresentado valores iguais, quer para o valor global das suas propostas, quer para cada um dos seus componentes, e, por outro lado, no facto de existir absoluta identidade quanto à quantidade de consumíveis anuais necessários. A AdC proferiu uma decisão condenatória por ter concluído que a celebração e

²⁹¹ Decisão AdC, Proc. 2006/13 disponível no site da AdC: <http://www.concorrencia.pt>.

execução pelas duas empresas de um contrato que inclui restrições verticais, designadamente, a de fixação dos preços de revenda, resulta proibida. A decisão da AdC teve em consideração os seguintes factos que de forma resumida passo a descrever:

(i) as empresas Baxter e Glintt celebraram entre si um contrato pelo qual a primeira, conferiu à Glintt a comercialização exclusiva do equipamento FDS330 incluindo os seus componentes e acessórios, obrigando-se esta a cumprir a política de preços definida pela Baxter; (ii) os preços eram os que a Glintt deveria praticar na comercialização do equipamento; (iii) no âmbito da candidatura ao programa Operacional Saúde – Saúde XXI, foram abertos por três entidades hospitalares concursos públicos a que ambas as arguidas se candidataram apresentando propostas de fornecimento do equipamento FDS 330 sendo a proposta de preços da Glintt a que foi contratualmente estabelecida ou autorizada pela Baxter, apresentando ambas a mesma proposta; (iv) noutros procedimentos abertos por entidades hospitalares, a Glintt participou na execução do contrato celebrado com a Baxter tendo cumprido no que se refere ao preços de revenda do FD 330 o que lhe foi contratualmente imposto; (v) à data dos factos só o equipamento FDS procedia à reembalagem automática em unidose das formas orais sólidas de medicamentos, sendo estas empresas as únicas que comercializavam, em todo o território nacional e mercado relevante do fornecimento do equipamento, concorrendo diretamente entre si enquanto proponentes aos referidos concursos públicos; (vi) a Baxter e a Glintt pretenderam reduzir a concorrência ao nível do preços intramarca, aumentando a transparência ao nível dos preços que iriam praticar, eliminando assim a pressão que sentiriam no sentido de baixarem o preço do produto em causa de forma a torná-lo mais competitivo; (vii) a cláusula de fixação de preços era anticoncorrencial e o contrato continha cláusulas que restringiam verticalmente a concorrência pelo que, em consequência, a AdC considerou que estas cláusulas eram nulas por violação do disposto no art. 4.º, n.º 2, da lei 18/2003 e art. 101.º, n.º 1 do TFUE. A conduta das arguidas levou à anulação de dois concursos públicos a que se candidataram e provocou prejuízos.

2.4.2. Análise Jurídica e económica - O objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento

O contrato celebrado entre a Baxter e a Glintt é um acordo de natureza vertical. Em sede de inquirição a Glintt declarou, que sempre interpretou, e aplicou, o contrato assinado com a Baxter no sentido de que os preços indicados no Anexo II a esse contrato eram preços obrigatórios e não recomendados. Referiu ainda que “quanto à interpretação e aplicação que a Glintt fez do n.º 3 da cláusula 6ª do contrato em referência, (...) que se trata de uma norma que permite à Baxter excecionar unilateralmente o disposto no final do n.º 1 da cláusula 6ª (...)”²⁹².

Ora importa referir que o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 proibia os acordos entre empresas que tinham por objeto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência o que significa que não estamos perante requisitos cumulativos, mas sim, perante requisitos de verificação alternativa. A CE considerou que não se podem incluir nos acordos que não restringem sensivelmente a concorrência, aqueles que, celebrados entre empresas não concorrentes, tenham por objeto, direta ou indiretamente, de forma isolada ou em combinação com outros fatores, a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, impondo-lhe um preço fixo ou mínimo²⁹³. A AdC considerou que, atenta a prova produzida, a cláusula de fixação de preços incluída no contrato celebrado entre a Baxter e a Glintt restringia de forma sensível a concorrência, tornando-se desnecessária a análise dos seus efeitos. O alinhamento de preços no âmbito do processo de concurso só é compatível com a prévia concertação do comportamento a adotar na fase das propostas, pela estipulação, por parte de uma das concorrentes, do preço com que a outra teria de concorrer. Também em termos de efeitos do contrato, o denunciante refere que os ilícitos praticados pela Baxter e pela Glintt tiveram como efeito a apresentação de propostas que “envolviam encargos anuais (...) exageradamente elevados face à sua natureza intrínseca enquanto bens²⁹⁴”, conforme resulta do teor da notificação, às Arguidas, da decisão de não adjudicação no concurso público em análise, e que

²⁹² Vide Decisão AdC, Proc. 2006/13, parágrafos 247.º e 248.º, p. 65.

²⁹³ Vide neste sentido a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do art. 101.º do TFUE (*de Minimis*), in JO C 368, de 22.12.2001, p. 13-15 (considerando 11. 2. a)), In, Jornal Oficial n.º L 102 de 23.04.2010, p. 1 a 7

²⁹⁴ Vide Decisão AdC, Proc. 2006/13, parágrafos 299º, p. 75.

não correspondiam ao seu justo preço de mercado. No que concerne ao mercado relevante, a sua fixação provocou alguma celeuma não tendo as empresas concordado com a delimitação efetuada pela AdC mas, conforme confirmado pelo Tribunal *a quo*, o equipamento FDS era o único passível de preencher os requisitos estatuídos nos cadernos de encargos dos concursos. Em termos geográficos, as regras de contratação pública que presidiram os procedimentos de aquisição pelas unidades hospitalares, formaram um quadro legislativo e administrativo de âmbito nacional homogéneo que permitem considerar o território nacional como a dimensão geográfica relevante.

2.4.3. Decisão da AdC e Recursos para o Tribunal do Comércio de Lisboa e para o Tribunal da Relação

Concluiu a AdC e o Tribunal *a quo* que não se mostrando provados os argumentos utilizados pelas arguidas e de que os factos preencheram cumulativamente os requisitos do art. 5.º, n.º 1, da Lei 18/2003, não pode considerar-se justificado o acordo celebrado pelas arguidas²⁹⁵. Não resultou dos elementos de prova qualquer vantagem adveniente da cláusula de fixação de preços, que permitisse considerar justificada a sua inclusão no contrato celebrado entre a Baxter e a Glintt e contrariamente ao defendido por estas, não é verdade que se tenha reservado aos utilizadores parte dos alegados benefícios dos contratos: de acordo com o aí estipulado só a Glintt poderia concorrer aos concursos públicos, e sempre com o mesmo preço também praticado pela Baxter. Pelo que, apesar de formalmente existirem duas entidades a comercializar o produto, nunca existiu livre concorrência entre ambas. Sendo os requisitos de demonstração do balanço económico positivo cumulativos, basta que um deles não se encontre preenchido para que a prática em questão não possa beneficiar dessa causa de justificação²⁹⁶. Acresce ainda que, as cláusulas que restringem verticalmente a concorrência, resultam proibidas nos termos do art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, bem como do art. 101.º do TFUE, constituindo uma contraordenação ao abrigo do art. 42.º da Lei n.º 18/2003, punível nos termos da

²⁹⁵ Tribunal do Comércio de Lisboa no qual foi apresentado recurso de impugnação por decisão de 12/09/2011 julgou parcialmente procedentes os recursos de impugnação judicial alterando a decisão da AdC no que respeita ao valor das coimas, pag. 33 e segs.

²⁹⁶ Vide decisão da AdC, Proc. 2006/13, parágrafo 334.º, p. 82 e decisão do Tribunal do Comércio de Lisboa, 4.º Juízo, de 12/09/2011, p. 38.

interpretação conjugada dos art.s 43.º, n.º 1, alínea a), e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho com coima de 145.296,77€ à Baxter e 385.471,24€ à Glintt.

Da decisão condenatória da AdC as Arguidas interpuseram recurso de impugnação para o Tribunal do Comércio de Lisboa alegando a inexistência da prática da contraordenação de que foram condenadas. O Tribunal do Comércio de Lisboa julgou parcialmente procedente os recursos de impugnação, alterando a decisão da AdC no que respeita ao valor das coimas, não obstante deu como provada a prática da infração pela qual foram condenadas pela AdC. O Tribunal do Comércio manteve a decisão da Autoridade reduzindo, apenas, a coima da Baxter para 100.000,00€ e a da Glintt para 300.000,00€. As arguidas recorreram para o Tribunal da Relação de Lisboa que negou o seu provimento. O Tribunal da Relação, na apreciação do recurso apresentado, que pugnava pela diminuição das concretas coimas aplicadas, em particular à Glintt, considerou que a gravidade da infração praticada pelas arguidas era manifesta e tinha por objetivo restringir e falsear a concorrência e afetava necessariamente o bom funcionamento do mercado. O Tribunal considerou, deste modo, que resultava inquestionável a existência de distorções graves no mercado. O Tribunal entendeu ainda que a AdC tinha razão ao caracterizar como grave a contraordenação praticada tendo sido postos em causa valores fundamentais para a estrutura da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de salvaguarda dos interesses dos consumidores e durante um período de tempo relativamente prolongado²⁹⁷. O Tribunal da Relação manteve, assim, a decisão do tribunal *a quo*.

CONCLUSÃO – Questões dissonantes e perspetivas de proximidade nos EUA e na Europa.

Nos EUA os acordos verticais de fixação de preços de revenda continuam a ser controversos e a grande polémica criada por estes acordos resulta, predominantemente, das diferenças na compreensão da *rule of reason* e da *per se rule* encontrando-se as principais discussões centradas na questão do parasitismo

²⁹⁷ Vide decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, de 10/07/2012, Proc. n.º 199/11.OTYLSB.L1

e na justa distribuição de margens de lucro entre os diferentes membros do segmento de distribuição. Na Europa, a abordagem e a análise das restrições verticais de preços é realizada em consonância com um modelo diferente atendendo ao escopo do art. 101.º do TFUE e considerando os princípios essenciais associados à integração económica e do mercado único europeu plasmados nos Tratados. Na Europa, por via da aplicação de um regulamento de isenção por categoria e, concomitantemente, da identificação de ganhos de eficiência e do cumprimento dos requisitos estabelecidos no n.º 3, do art. 101.º (balanço económico), é possível isentar os acordos RPM da aplicação do n.º 1 e 2 do referido artigo do TFUE.

Atualmente, em ambos os ordenamentos, admite-se que as restrições verticais de preços permitem melhorar a concorrência quando cumpridos um conjunto de requisitos e que os acordos RPM acabam por ter uma dupla vertente de efeitos pró e anticoncorrenciais²⁹⁸, cuja preponderância de uns em detrimento dos outros, depende de uma análise global de um conjunto de fatores, em paralelo com uma análise económica. No entanto, o reconhecimento dos efeitos positivos destas restrições, não significa que as mesmas se tenham tornado lícitas *per se* continuando a sua análise a ser bastante cuidadosa.

Como elemento crucial do tema que me propus tratar, importa realçar a importância do acórdão *Leegin* que abalou os alicerces de uma jurisprudência centenária colocando em crise o precedente e os argumentos utilizados no acórdão *Dr. Miles* tendo sido um marco para a política *antitrust* norte-americana relativa às chamadas restrições verticais de fixação de preços de revenda, uma vez que põe em causa a ilegalidade automática, ou *per se*, dos acordos verticais com imposição de preços mínimos que dominou, durante anos, o panorama do direito *antitrust*.

²⁹⁸ Vide Puya Raad, *Effectiveness of EU Law And Policy On Vertical Restraints At Protecting Competition*, Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, Vol 3:1, 2013, p. 121: «The new Guidelines, however, recognise three situations in which RPM could cause efficiencies to the benefit of consumers and so may be exempted under Art. 101(3): 'Firstly, resale price maintenance may be necessary to induce distributors to promote a new product when it is not practical to achieve this result contractually. Secondly, resale price maintenance may be necessary to organise short-term (six to eight weeks) promotions in distribution agreements belonging to a franchise system or similar distribution system applying a uniform distribution system (arguably, selective distribution systems). Thirdly, the parties may demonstrate that resale price maintenance is a means to avoid free riding of pre-sale services, in particular, in the case of experienced resellers or complex products.» Este autor refere ainda sobre esta aspeto que: "Reindl criticises the Commission's approach towards RPM and demands a distinction between harmful and efficient RPM. Without such a distinction and in order to stay faithful to the economic approach, case law should determine what constitutes an infringement of Article 101(1)."

Neste sentido, o ST dos EUA considerou que os acordos RPM deveriam ser analisados casuisticamente, ponderando-se os efeitos positivos e negativos sobre a concorrência, com base numa *rule of reason*²⁹⁹. O acórdão *Leegin* teve a virtude de salientar que os efeitos dos acordos verticais têm, em regra, um forte impacto positivo sobre a concorrência *interbrand* (objetivo fundamental do direito antitrust), mesmo quando contêm cláusulas que limitam a concorrência *intrabrand*, razão pela qual não devem ser considerados desde logo como acordos limitadores da concorrência.

Na Europa, apesar do reconhecimento desta evidência que conduziu a CE a conceder à generalidade dos acordos verticais o benefício de uma isenção por categoria, contrariamente às *nonprice restraints*, as restrições em matéria de preços, designadamente as que impõem preços mínimos ou fixos, impedem um acordo vertical de beneficiar da aplicação do Regulamento de isenção por categoria, exceto se as partes conseguirem provar que a inclusão destas restrições num acordo é passível de gerar ganhos de eficiência e encontrando-se preenchidas todas as condições previstas no n.º 3, do art. 101.º do TFUE. Esta atitude, em contraste com os desenvolvimentos ocorridos no direito *antitrust*. No entanto, considerando que a UE alterou o seu objetivo em relação à política de concorrência para uma abordagem baseada mais no bem-estar do consumidor, seria expectável uma maior flexibilidade na avaliação dos acordos RPM. Deste modo, apesar da linguagem moderadamente indulgente das Orientações, a recente decisão no processo *Expedia* do Tribunal de Justiça da UE e o projeto de comunicação *de minimis* de 2014 (considerando 13) sugerem que não será este o caso.

Entretanto, importa referir que tem sido sempre tentador equiparar o tratamento da RPM pela legislação da UE com a análise da *rule of reason* no direito *antitrust* dos EUA. Após as *Guidelines* de 2010 pode-se argumentar que isso é ainda mais verídico. A RPM, teoricamente, sempre foi capaz de atender aos requisitos do art. 101.º, n.º 3, conforme se pode aferir do disposto nas Orientações de 2010. É inquestionável que há um certo paralelismo no sentido de que a *rule of reason* implica uma análise substantiva, enquanto que a RPM não é definitivamente

²⁹⁹ A respeito de uma análise económica das leis *antitrust*, Roberto Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, n.º 4, abril, 1979, p. 1075, tem uma abordagem distinta considerando que: "(...) an exclusively economic approach to antitrust analysis excludes important political considerations that have in the past been seen as relevant by Congress and the courts."

excluída dos benefícios do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. No entanto, colocar um sinal de igualdade entre a *rule of reason* conforme previsto pelo Supremo Tribunal dos EUA no acórdão *Leegin* e o disposto no art. 101.º, n.º 3 é absurdo.

A divergência entre a análise da *rule of reason* e o art. 101.º, n.º 3 do TFUE pode ser rastreada por duas razões principais. Em primeiro lugar, nos termos da legislação da UE, o conceito de “acordo” abrange um leque muito mais amplo de práticas de fornecimento do que na lei *antitrust* dos EUA. Em segundo lugar, a *rule of reason* e a análise do art. 101.º, n.º 3 do TFUE diferem consideravelmente no que respeita à repartição do ónus da prova. Uma análise desenvolvida sob a égide da *rule of reason* e sob o escrutínio restrito do art. 101.º, 3 do TFUE divergem de forma muito significativa. Em complemento, importa salientar que a aplicação do disposto no art. 101.º, n.º 3 do TFUE é praticamente, excecional, e por via da sua utilização o réu enfrenta um nível mais elevado de prova, tendo de assumir todas as incertezas e os riscos da avaliação. Neste caso existe uma necessidade de os elementos de prova serem mais detalhados e empiricamente verificados com vista a ser possível obter o êxito necessário na demanda. Inversamente, no que diz respeito à *rule of reason*, a perceção geral é de que as alegações plausíveis e razoavelmente justificadas podem salvar o réu.

Resumindo, ambos os sistemas de concorrência nos EUA e na UE, partilham da opinião geral de que a aplicação da condenação automática dos acordos RPM deve ser restrita a práticas que, devido à sua natureza, são sempre ou quase sempre anticoncorrenciais sem a perspetiva de uma virtude redentora. A utilização das teorias económicas permite demonstrar que a RPM é, em vários casos, razoavelmente justificável, fornecendo ainda vários exemplos onde o esforço do produtor para manter os preços é socialmente benéfico porque aumenta a concorrência. Por conseguinte, a condenação *per se* da RPM não é justificada e essas instâncias devem ser apontadas quando não há prejuízo para a concorrência, quer porque não existem repercussões anticoncorrenciais (por exemplo, a posição de mercado das partes é pequena e não é significativa) ou porque os efeitos nocivos para a concorrência são superados pelos efeitos pró-concorrenciais.

No direito da concorrência da UE o principal problema resulta do facto de, conceptualmente, os acordos RPM terem sido impelidos para o esconderijo e

regime excecional criado pelo art. 101.º, n.º 3 do TFUE³⁰⁰. Considerando a importância da decisão do ST dos EUA no acórdão *Leegin*, bem como a crítica económica contra o estado atual do direito na UE, o direito da concorrência da UE vai sendo obrigado a abordar o problema da RPM. Há um perigo (e esse perigo tornou-se realidade em 2010 com as *Guidelines* relativas às restrições verticais) de que a análise da RPM seja reencaminhada para o art. 101.º, n.º 3 que não é, no entanto, o campo apropriado para a examinar na sua amplitude. As Orientações sobre restrições verticais vaticinam esta abordagem e parecem transformar este perigo em realidade, sendo que as novas BER e respetivas Orientações, de forma semelhante aos diplomas que as precederam, continuaram a considerar a RPM como uma restrição *hardcore* e anticoncorrencial por “objeto”³⁰¹. Aliás, as Orientações de 2010 incentivam expressamente as empresas a testar os acordos RPM nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE e declarar que esses acordos são excecionais. De qualquer forma importa frisar que a RPM não é, por si só ilegal, uma vez que, teoricamente, cada contrato tem a oportunidade de conhecer e aplicar os requisitos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE e pode ser considerado legal se preencher os requisitos da isenção individual³⁰².

Em suma, no direito *antitrust* dos EUA a crítica e doutrina económica relativas ao estatuto da RPM resultou na revisão abrangente da lei com repercussões diretas na jurisprudência. No direito da concorrência da UE a análise das características e consequências da RPM parece ter sido adiada ou mesmo impedida pelo oportunismo instituído pelo art. 101.º, n.º 3 e, neste sentido, as Orientações de 2010, relativas às restrições verticais, parecem ter feito apenas

³⁰⁰ Vide Alison Jones, *Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC competition law*, The Antitrust Bulletin, 53, 2009, p. 27: "Further, the Commission could be encourage to recognise in any new *Guidelines* it adopts following its review, that RPM provisions may be used for pro-competitive reason and demonstrated efficiencies (...)."

³⁰¹ Vide Richard Whish, *Regulation 2790/99: The Commission's New Style Block Exemption for Vertical Agreements*, Common Market Law Review, 37, Kluwer Law International, 2000, p. 912: "(...) article 4 applies only according to the object and not the effect of an agreement (...) a contractual restriction establishing a minimum price would be a simple example of an agreement, the direct object of which is to fix prices."

³⁰² Vide para 47 das Orientações sobre restrições verticais 2010 em que se encoraja que as restrições *hardcore* se conformem e tentem preencher os requisitos do art. 101.º, n.º 3. Também no para. 223 se apela para a necessidade de as partes relativamente à fixação de preços ao nível dos preços mínimos ou fixos, comprovarem que a inclusão da imposição é suscetível de produzir ganhos de eficiência e que se encontram preenchidas as condições estatuídas no art. 101.º, n.º 3.

uma reforma menor e não uma reforma abrangente conforme tive oportunidade de salientar neste trabalho.

Por último, quanto aos desenvolvimentos deste temática em Portugal importa realçar que o primado do direito da UE e a sua aplicação direta, impedem qualquer revogação ou alteração da legislação da União pelo direito nacional e garantem a concretização plena e eficaz do direito comunitário em caso de conflito com o direito nacional. A assunção deste postulado pelos Estados-Membros tem, evidentemente, repercussões diretas na aplicação nacional dos cânones de matriz comunitária em matéria de concorrência no que concerne, designadamente, ao tratamento e avaliação dos acordos verticais de fixação de preços pela AdC e Tribunais nacionais de forma similar e com base nos mesmos pressupostos, conforme se pode inferir da análise das decisões nos processo identificados no capítulo IV.

Concluindo, após uma longa evolução da análise dos acordos RPM nos dois lados do atlântico, ambos os sistemas de concorrência convergem atualmente no sentido de que a condenação automática deve ser restrita a práticas que, devido à sua natureza, são sempre ou quase sempre anticoncorrenciais. De facto, nos EUA este tema encontra-se numa fase de maturação mais elevada do que na UE. A política dos EUA contra essas restrições tem uma história mais longa e recheada, tendo seguido um percurso mais oscilante e tumultuoso com clivagens acirradas quer em termos doutrinários, quer no que concerne às decisões jurisprudenciais que têm alimentado as discussões em volta dos acordos RPM. Na Europa, por outro lado, as orientações políticas são mais consistentes e recentes, mas observa-se, ainda que de algum modo agrilhoadas pelos postulados basilares do direito comunitário, a uma crescente compreensão das formas pelas quais estas restrições podem limitar a concorrência.

Lisboa, 23 de junho de 2016

Sónia Vanessa Morgado Pinto, aluna n.º 9521.

BIBLIOGRAFIA

- Amato, F., & Day, J. (2013). RPM in the European Union: Any Developments Since Leegin? *CPI Antitrust Chronicle*, 1-7.
- Anastácio, G., & Savedra, A. (s.d.). A Nova lei da Concorrência Portuguesa, Notas Preliminares, Ordem dos Advogados, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>
- Arthur, T. C. (2009). The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles. (S. L. Review, Ed.) *Emory Public Law*, 62, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1427512>
- Askery, J., & Bar-Isaac, H. (2011). Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance. *CCP Summer Conference 2010* (pp. 1-50). NYU Stern & NBER, and NYU Stern May 12.
- Bailey, E. M., & Leonard, G. K. (2010). Minimum Resale Price Maintenance: Some Empirical Evidence from Maryland. *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy Contributions*, 10 (1, article 17), 1-6.
- Bennett, M., Fletcher, A., Giovannetti, E., & Stallibrass, D. (2010). *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*. MPRA Paper No. 21121, vol. 33.
- Bern, R., & Tansey, M. M. (s.d.). Proper Application of the Rule of Reason to Vertical Territorial restraints: Debunking the "Intrabrand-Interbrand" and "Efficiencies" Desviations. *American Business Law Journal*, 20 (4), 436-469.
- Blair, R. D., & Soko, D. D. (2013). Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement, The Goals of Antitrust Symposium, GW Law School. *Fordham Law Review*, 102: 81-145, acedido em 17 de junho de 20156, disponível em SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195938
- Bork, R. H. (1966). The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *Yale Law Journal*, volume 75, n.º 3, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.
- Bork, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. (T. F. Press, Ed.), University of Pennsylvania Law Review - Simon & Schuster.

- Brenning-Louko, M., Gurin, A., Peeperkorn, L., & Viertiö, K. (2010). Vertical agreements: new competition rules for the next decade. *Forthcoming in Competition Policy Newsletter, number 2*, 1-9.
- Cavanagh, E. (2012). The Rule of Reason Re-Examined. *Business Law*, 67 (2), pp. 435-469, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2146784>
- Christiansen, A., & Kerber, W. (2005). Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=872694>
- Comanor, W. S., & Rey, P. (1997). Competition Policy towards Vertical Restraints in Europe and the United States. (Empirica, Ed.) 24, 37-52.
- Comanor, W. (2010). Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin. *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, 59-78.
- Comanor, W. (2013). Leegin and its progeny implications for internet commerce. *The Antitrust Bulletin*, 58, 107-127.
- Confraria, J. (2011). *Regulação e Concorrência, desafios do século XXI*. Universidade Católica.
- Doorn, F. V. (2009). Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The need for a standardized approach. *EC Competition Law*, acedido em 17 de junho de 2016, disponível: <http://ssrn.com/abstract=1501070>.
- Elzinga, K. G., & Mills, D. E. (2010). Leegin and procompetitive resale price maintenance. *The Antitrust Bulletin*, 55, 349.
- Ferro, M. S. (2010). As Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial, Curso de Formação para Juízes Nacionais em Direito da Concorrência. *Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal FDL*.
- Font-Galarza, A., Maier-Rigaud, F. P., & Figueroa, P. (2013). RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business Economic Perspective. *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 1-12, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2355255>.
- Freire, P. (2008). *Eficiência Económica e Restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL.
- Fumagalli, C., & Motta, M. (2010). *A Simple Theory of Predation*. FEEM Working Paper No. 15., Department of Economics; Centre for Economic Policy Research (CEPR). Institutions and Markets series.

- Ghosh, S. (2007). Vertical Restraints, Competition, and the Rule of Reason, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1005380>
- Gifford, D. J., & Kudrle, R. T. (2003). European Union competition law and policy: how much latitude for convergence with the United States? *The Antitrust Bulletin*, 727-780.
- Gippini-Fournier, E. (2009). Resale Price Maintenance in the EU: In Statu Quo Ante Bellum? *Fordham Corp. L. Inst - 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy 2009*.
- Gorjão-Henriques, M., & Ferro, M. S. (2010). The Latest Reform of EU Competition Law on Vertical Restraints. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 4, pp. 112-136.
- Grimes, S. W. (2009). Resale Price Maintenance: A competitive assessment. (P. o. Effects, Ed.) *Federal Trade Commission Workshop on Resale Price Maintenance*.
- Gundlach, G. T. (2009). Resale Price Maintenance After Leegin: Topics and Questions for Research. Empirical Evidence on the Effects of Resale Price Maintenance. *FTC Hearings on Resale Price Maintenance*.
- Gundlach, G. T. (2010). Overview and contents of the special issues: Antitrust analysis of resale price maintenance after Leegin. *The Antitrust Bulletin*, 55, 271-276.
- Gundlach, G. T., Manning, K. C., & Cannon, J. P. (2010). Free riding and resale price maintenance: insights from marketing research and practice. (A. Global, Ed.) *Antitrust Bulletin*, 55, 381-442.
- Harbour, P. J. (2007). An Open Letter to the Supreme Court of the United States from Commissioner - The Illegality of Vertical² Minimum Price Fixing. *Federal Trade Commission*.
- Harbour, P. J., & Price, L. A. (2010). RPM and the rule of reason: Ready or not, here we come? *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, n.º 1, 225-244.
- Hovenkamp, H. (1994). *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*. (M. St. Paul, Ed.) West Group Publishing Co.
- Hovenkamp, H. (2010). *The Rule of Reason, and Vertical Agreement*. Iowa: University of Iowa Legal Studies Research Paper 10-40, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1673519>

- Hovenkamp, H. (2014). Robert Bork and vertical integration: leverage, foreclosures and efficiency. *Antitrust Law Journal*, n.º3, 983-993.
- Jacobs, M. E. (2012). Legal Treatment of Vertical Restraints: Some Lessons from the Ongoing International Debates. *Fiscalía Nacional Económica*, pp. 1-50, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2169113>
- Jones, A. (2008). Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC competition law. *The Antitrust Bulletin*, 53, pp. 903-965.
- Jones, A. (2009). Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe? *European Competition Journal*, vol. 5, n.º 2, 479-514.
- Jones, A. (2010). Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1). *European Competition Journal*, 649, 1-27, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1932309>
- Jullien, B., & Rey, P. (2000). Resale Price Maintenance and Collusion. *GREMAQ and IDEI, Université des Sciences Sociales Toulouse*, 1-40, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em: http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/by/jullien/jullien_rey.pdf
- Kerber, W., & Vezzoso, S. (2004). EU Competition Policy, Vertical Restraints and Innovation: an Analysis from an Evolutionary Perspective. *10th International Joseph A. Schumpeter Society Conference (ISS)*, 1-29, Milan.
- Kirkwood, J. B., Foer, A. A., & Brunell, R. M. (2009). *European Commission's Proposed Block Exemption Regulation and Guidelines on Vertical Restraints*. The American Antitrust Institute.
- Kirkwood, J. B. (2010). Rethinking antitrust policy toward RPM. *The Antitrust Bulletin*, 55, pp. 423-472.
- Klein, B. (2009). Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding. (L. A. University of California, Ed.) *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 1-44, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1656052>.
- klein, B., & Murphy, k. M. (1988). Vertical Restraints As Contract Enforcement Mechanisms. *The Journal of Law and Economics*.
- Koroah, V., & Sullivan, O. D. (2002). *Distribution Agreements under the EE Competition Rules*. (Oxford, Ed.) Hart Publishing.

- Kucuk, S. U., & Timmermans, H. J. (2012). Resale Price Maintenance (RPM): The U.S. and E.U. perspectives. *Journal of Retailing and Consumer Services* 19, 537-544.
- Kuenzler, A. (2010). Presumptions as Appropriate Means to Regulate Resale Price Maintenance: in Defence of Structuring the Rule of Reason. *European Competition Journal*, 497.
- Lafontaine, F., & Slade, M. (2005). Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy. *Journal of Economic Literature* .
- Lambert, T. A., & Sykuta, M. E. (2013). Why the new evidence on minimum resale price maintenance does not justify a per se or quick look approach. *CPI Antitrust Chronicle*, n.º 2013-20, 1-9, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2363139>
- Lao, M. (2009). *Resale price Maintenance: A Reassessment of its competitive harms and benefits*. Forthcoming, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1434984>
- Lao, M. (2011). Internet Retailing and "Free Riding": A Post-Leegin Antitrust Analysis. *Journal of Internet Law*, 14, 14-24.
- Mackay, A., & Smith, D. A. (2014). *The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance*. Chicago Booth School of Business, Department of Economics, University of Chicago. Kilts Booth Marketing series.
- Marvel, H. P., & McCafferty, S. (1996). Comparing Vertical Restraints. *Journal of Economics and Business*, 48, 473-486.
- Morais, L. D. (2009). *Direito da Concorrência: Perspectivas do seu Ensino*. Coimbra: Almedina.
- Motta, M., Rey, P., Verboven, F., & Vettas, N. (2016). *Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: an economic view*, acedido em em 17 de Junho de 2016, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf
- Moura e Silva, M. (2000). EC Competition law and the market for exclusionary rights. (F. d. Lisboa, Ed.) *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, p. 815.
- Moura e Silva, M. (2008). *Direito da Concorrência: Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.

- Moura e Silva, M. (2014). As Práticas Restritivas Da Concorrência Na Lei N.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos. *Revista do Ministério Público*, 35, pp. 1-35, acedido em 17 de junho, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2468752>
- Nagy, C. I. (2014). Resale Price Fixing after the Revision of the EU Vertical Regime – A Comparative Perspective. *Acta Juridica Hungarica*, 54, 349-366, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2461232>
- Orbach, B. Y. (2010). The image theory: RPM and the allure of high prices. *The Antitrust Bulletin*, 55, pp. 277-307, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1526578>
- Overvest, B. M. (2012). A note on collusion and resale price maintenance Published online. *Eur J Law Econ* 34, 34, 235-239.
- Paldor, I. (2008). The vertical restraints paradox: justifying the different legal Treatment of price and non-price vertical restraints. *University of Toronto Law Journal*, 58, 317-353.
- Paldor, I. (2010). RPM as an exclusionary practice Federal Legal Publications, Inc. *The Antitrust Bulletin*, 55, 309-347.
- Peeperkorn, L. (1998). *The Economics of Verticals*. *Competition Policy Newsletter*, number 2, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1998_020_en.html
- Pera, A. (2008). Changing Views of Competition and EC Antitrust Law. *Macerata Lectures on European Economic Policy*, 1-54.
- Petit, N., & Henry, D. (s.d.). Vertical Restraints Under Eu Competition Law: Conceptual Foundations And Practical Framework, 1-46.
- Pitofsky, R. (1979). The Political Content of Antitrust, *Univerity of Pennsylvania Law Review*, 127, 1051-1075
- Popofsky, M. L. (2012). Does Leegin Liberate the law governing horizontal conspiracies from its vertical contamination? *Antitrust Law Journal*, 78(1), 23-36, acedido em 17 de junho de 2015, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2079659>
- Posner, R. A. (Apro. 1979). The Chicago School of Antitrust, 925-948.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law an Economic Perspective* (2ª ed.). Chicago: Chicago Univ. Press.

- R. Deneckere, H. M. (1995). Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition. *University of Wisconsin-Madison The Ohio State University*.
- Raad, P. (2013). Effectiveness Of Eu Law And Policy On Vertical Restraints At Protecting Competition. *Wroclaw Review of Law*, 3:1, 119-125.
- Raffa, H., & Schmitt, N. (2005). Endogenous vertical restraints in, international trade. *European Economic Review* 49, 1877-1889.
- Reindl, A. P. (2011). Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach. *Fordham International Law Journal*, 33(4, Article 5), 1298-1333.
- Rey, P., & Vergé, T. (2005). Economics of Vertical Restraints. *Conference Advances of The Economics of Competition Law*, (1-40). Rome.
- Rey, P., & Vergé, T. (2008). Economics of Vertical Restraints.. (P. Buccirossi, E.d) *Handbook of Antitrust Economics*, 353-390.
- Rey, P. (2012). *Vertical restraints – An Economic Perspective Revised draft report*, acedido em 17 de junho de 2016, disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Vertical-restraints.pdf>
- Sokol, D. D. (2014). The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, n.º 3, 1003-1009.
- Spiegel, Y., & Yehezkel, Y. (2003). Price and non-price restraints when retailers are vertically differentiated. *International Journal of Industrial Organization*, 923-947.
- Stefano, G. (2010). The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions. *E.C.L.R., Issue 12*, 446-490.
- Steiner, R. L. (1985). The nature of vertical restraints. *The Antitrust Bulletin*, 30, pp. 143-197.
- Steiner, R. L. (2010). The Leggin factors - a mixed bag. *The Antritrust Bulletin*, 55, p. 25.
- Stucke, M. E. (2009). Does the Rule of Reason violate the Rule of Law? *Law Review, University of California*, vol. 42, n.º 5, p. 47.
- Tikoo, S., & Mather, B. (2011). The changed legality of resale price maintenance and pricing implications. (K. S. Busines, Ed.) *ScienceDirect*, 54, 415-423.

- Tor, A., & Rinner, W. J. (2009). Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin. University of Haifa Faculty of Law. Legal Studies Research Series, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1522948>,
- Utton, M. A. (2003). *Market Dominance and Antitrust Policy*. Edward Elgar Publishing, Limited.
- Werden, G. J. (2013). Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters, 1-53, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2227097>
- Whish, R. (2000). *Regulation 2790/99: The Commission's 'New Style' Block Exemption for Vertical Agreements* (Vol. vol. 37). CML. Rev.
- Whish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law* (Seventh Edition). New York, EUA: Oxford University Press Inc.
- Winrow, B. P., & Johnson, K. (2010). Minimum Price Maintenance Agreements and the Premium Pricing Strategy. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 13, 75-84.
- Winter, R. (1993). Ralph Winter, Control and Price versus Nonprice Competition. *Quarterly Journal of Economics*.
- Wright, J. D. (2009). Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust. (G. M. Economics, Ed.) *Competition Policy International, Forthcoming*, acessado em 17 de junho de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1370641>
- Wright, J. D. (2014). The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy Remarks. *Federal Trade Commission British Institute of International and Comparative Law London*.

Legislação dos EUA

- *Sherman Act*, 15 U.S.C
- The Miller-Tydings Fair Trade Act, N.º 314, 50 Sta. 693 (1937)
- The Consumers Good Pricing Act de 1975, Pub. L. N.º 94-145, 89 Sta. 801 (1975)
- Clayton *Antitrust Act* de 1914, Pub. L. 63-212, 38 Stat. 730
- FTC modificação da decisão no caso *Nine West Resale Price Maintenance Case*. (6 de May de 2008). Obtido em <http://www.ftc.gov/opa/2008/05/ninewest.shtm>. de May de 2016, de Federal Trade Co.

Legislação da UE

- Regulamento 2790/1999, OJ 1999, L 336/21;
- Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts 101.º e 102.º do TFUE, JOCE L1, de 4.01.2003;
- Tratado de Funcionamento da União Europeia, versão consolidada, JOUE C83, 30.3.2010
- Comunicação da Comissão, Orientações relativas às Restrições Verticais de 2010, JOUE C130, de 19.5.2010.
- Regulamento (UE) n.º 330/2010, relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JOUE L102, de 23.4.2010
- Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1, do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis), JOCE C 368, 22.12.2001.
- Comunicação da Comissão - Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis), JOUE C 291, de 30.08.2014, disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=PT)

Legislação nacional

- Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (Diário da República, 1.ª série, N.º 89, 8 de Maio de 2012), aprovou o novo regime jurídico da concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (anterior lei da concorrência)
- Portugal: *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, 17 de maio de 2011

Jurisprudência dos EUA

- United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 de 1897;
- Standard Oil Company Co. of New Jersey v US, 221 US 1 (1911);

- Miles Med. Co. v. John Park & Sons Co., 220 US. 373 (1911).
- Chicago Board of Trade v. United States 246 U.S. 231, 238 (1918).
- United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919);
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)
- Albrecht v Herald Co., 390 U.S. 145 (1968);
- Continental TV, Inc. vs GTE Sylvania, Inc. 433 US 36. (1977);
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 164 S. Ct. 1464 684 F. 2d 1226 (1984),.
- Acórdão Business Electronics Corp vs. Sharp Electronics Corp, 485 US 717, 723 (1988);
- Acórdão State Oil Co vs Khan, 522 US 3, 10 (1997)
- *Leegin Creative Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

Jurisprudência Europeia

- Proc. 56/64 and 58/64, Etablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission, ECR 299, (1966).;
- Proc. 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis ECR 353 (1986);
- Proc. 243/83, SA Binon & Cie. SA Agence de messageries de la presse, ECR 02015 (1985);
- Proc. 27/87, SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC., ECR 1919 (1988).
- Processos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P GlaxoSmithKline v. Commission ECR I-9291 (2009);
- Proc. Pedro IV Servicios, Proc. C-260/07, 2009, ECR-2437, 82. - ." Acórdão do tribunal de Justiça de 2/04/2009
- Proc. Pedro IV Servicios, SL c. Total España SA, Proc. C-260/07 disponível e em www.curias.europa.eu
- Proc. CEPSA Estaciones de Servicio SA, C-279/06, 2008, ECR I-6681.
- Proc. C-226/11, Expedia/SNCF, 13.12.2012

Decisões da Autoridade da Concorrência e Conselho da Concorrência

- Proc. 2010/04 - Processo contraordenacional. Arguida: Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.- Decisão AdC, disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>;

(i) Recurso Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Sentença de 24.05.2013

(ii) Recurso Tribunal da Relação de Lisboa, 3.^a Secção, Proc. 18/12.OYUSTR.E1.L1

- Proc 2009/12 - Processo contraordenacional. Arguidas: SERA GMBH e SERA PORTUGAL, Unipessoal - Decisão AdC, disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>.

- Proc. 2008/09 - Processo contraordenacional. Arguida: a ROYAL CANIN (Portugal), S.A. - Decisão AdC, disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>;

- Proc. 2006/13. Processo de contraordenação. Arguida: BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda. e GLINTT – Business Solutions, Lda. - Decisão AdC, Proc. 2006/13 disponível no site da AdC: <http://www.concorrenca.pt>;

(i) Recurso Tribunal do Comércio de Lisboa, 4.º Juízo, de 12/09/2011;

(ii) Recurso Tribunal da Relação de Lisboa, 5.^a Secção, de 10/07/2012, Proc. n.º 199/11.OTYLSB.L1

Sites consultados:

[http:// www.europa.eu](http://www.europa.eu)

<http://curia.europa.eu/>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.concorrenca.pt/>

Bases de dados:

- Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa

- fonte: b-on

- Economics Research Network : <http://papers.ssrn.com/>